INTERNATIONAL

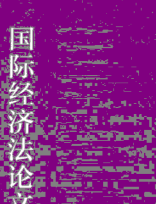
ECONOMIC

LAW

赵威 主编

国际经济法论文集

中国政法大学出版社



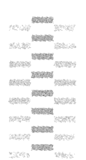
上架建议 国际经济法

ISBN 978-7-5620-48

9 787562 048183 >

定价：46.00元

赵 威 主编



国际经济法论文集

INTERNATIONAL ECONOMIC LAW

中国政法大学出版社

2013・北京

图书在版编目（CIP）数据

国际经济法论文集/赵威主编. --北京:中国政法大学出版社, 2013.6
ISBN 978-7-5620-4818-3

Ⅰ.①国… Ⅱ.①赵… Ⅲ.①国际经济法－文集 Ⅳ.①D996-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第130433号

书　名　国际经济法论文集　Guoji Jingjifa Lunwenji
出版发行　中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱　邮编100088
http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
010-58908325(发行部)　58908334(邮购部)
编辑统筹　第六编辑部　010-58908524　dh93@sina.com
承　印　固安华明印刷厂
规　格　720mm×960mm　16开本　17.75印张　280千字
版　本　2013年6月第1版　2013年6月第1次印刷
书　号　ISBN 978-7-5620-4818-3/D·4778
定　价　46.00元

目录

赵威
原子能立法现状……1

赵威
原子能法的概念和主要内容……14

陈刚
核电建设的投资激励
——论核电产业投资基金的法制推进……25

侯登华　刘阳
试论民用核设施管制中的信息公开
——以民用核能企业信息公开为研究对象……31

梁茜琪　陈鸿基
核污染民事责任国际立法趋向……46

赵俐
核电发展进程中核安全监管的立法问题之反思……54

潘婧
浅析核损害民事责任制度……62

唐红洁　丁文良
核损害责任法律问题研究……74

张文瑞
国际核紧急情况应对体系的建立和运行……90

陈思佳
核电领域国际法体系概述……102

李伯轩
区域性核安全法律制度的新发展
——对欧盟《为核设施安全建立共同体框架指令》的实证研究……119

刘久
对我国原子能法立法与该法律体系完善之浅见……129

张皓翔
核能法战略研究……139

史艳
试论国际原子能机构与联合国的合作互动机制……145

张帆
对核电设施经营者社会责任的法律思考……158

赵威
营运者——民用核设施事故损害责任的严格责任主体……164

赵威　万嘉欣
中资银行引入"境外战略投资者"的经济学与法学分析
——从外资银行大幅减持中资银行股份谈起……170

张帆

浅析我国知识产权领域反垄断双边合作的基础……180

宫仁海

浅析中国入世后遭遇的美国反补贴调查实践……193

杨振东

美国《海外账户税收遵循法》及其影响……203

施静文

金融全球化背景下的人民币汇率问题探析

——以货币主权为视角……211

任淑芳

我国外资并购安全审查制度初探

——略论《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》……225

郝倩

跨国并购中反垄断法律问题探究

——我国反垄断法中跨国并购相关立法分析……234

刘薇

论第三方物流合同的法律性质及其法律适用……244

李怡婷

美国证券集团诉讼制度利弊分析

——对中国是否应该引入集团诉讼的思考……249

吴启萌

论海盗劫持中承担船员赎金的责任主体及保险赔付……255

胡玥

从实证角度分析 ICSID 仲裁庭管辖权的扩大……260

赵冠州

虚伪通谋意思表示及其法律后果……271

原子能立法现状

赵威*

为推动我国原子能立法进程和繁荣原子能法学研究，2008年6月，中国政法大学与中国广东核电集团公司联合启动了以“核电及其相关领域法律法规汇编研究”为主题的原子能法学科研项目，该项研究成果收集国内外原子能立法223篇，共计200万字，2009年由法律出版社出版，李鹏同志亲自写了序，取得了良好的效果。这也是国内第一次大规模汇编原子能相关法律法规的法律研究活动，对推动我国原子能立法和法学研究起到了积极的促进作用。

根据我国政府2007年10月通过的《核电中长期发展规划（2005～2020年）》，国家的核电发展战略已经由“适度发展”改变为“积极发展”。[1] 而原国家能源局局长张国宝则对上述规划的目标进行了更积极地修正，他指出，“当前我国推动核电大发展，恰逢其时。我们计划调整核电中长期发展规划，力争2020年核电占电力总装

* 赵威，中国政法大学教授、博士生导师。

〔1〕 中国国家原子能机构《2006年中国核电运行年报》。

机比例达到5%以上”。[1] 从国外的情况看，由于原子能发电所具有的清洁、安全、经济、高效的特点，在经历了一段发展的低谷后，核电又重新引起各国的重视。[2] 种种迹象表明，进入新世纪以来，世界核电的发展似乎进入又一个黄金发展阶段。

然而，日本福岛的核泄漏事故发生后，关于原子能的使用安全问题再一次引起了世界的关注，使全球核电大国提高了警惕，纷纷重新审视可再生能源的发展与利用，如德国政府于2011年3月15日宣布暂时关闭7座1980年之前建成使用的核电站，在野党、反核人士以及绿色和平组织表示要求德国完全放弃使用核能；[3] 又如总部位于美国新泽西州的独立核电公司NRG及其合作伙伴东芝公司日前宣布，因受日本核事故影响，决定放弃在美国得克萨斯州南部建造最大核电站的计划，并且撤回3.31亿美元（约合21.5亿元人民币）投资等。[4] 作为日本的邻国，我国政府也对此问题展开了严肃而深刻的探讨，并强调对原子能立法的重视并要积极推进。早在2011年3月16日，国务院常务会议决定立即组织对中国核设施进行全面安全检查，并调整完善核电发展中长期规划，在核安全规划批准前，暂停审批核电项目，包括开展前期工作的项目。中国核电“积极发展”的方针被“安全第一”所取代。[5]

综观美国、法国、日本等原子能事业比较发达的国家，原子能法律制度在促进并保障原子能的开发利用中发挥着重要的作用。[6] 虽然我国核技术不

---

〔1〕 张国宝：《发展核电是战略选择》，参见国家重大技术装备网 http://chinaneast.xinhuanet.com/zhuanti/2008－03/24/content_12777587.htm，访问时间：2008年10月13日。

〔2〕 由于核电安全技术的快速发展，高涨的石油和煤炭价格使得核电的经济性更加突出，面对传统能源的逐渐枯竭，以及燃烧化石能源导致的严重环境污染和气候变暖的压力，许多国家都将核能列入本国能源政策中。2001年5月，美国政府颁布《美国国家能源政策报告》，把扩大核能作为国家政策的重要组成部分，并提出了促进核能复苏和发展的一些具体政策。俄罗斯计划在2020年前建造40台核电机组。亚洲地区的日本、韩国和印度都有宏伟的核电发展计划。英国能源政策也发生了重大改变，计划重新发展核电。德国等西欧某些国家停止发展核电后，出现了一些深层次难以解决的问题，正在重新考虑核能发展的政策。

〔3〕 http://www.chinanews.com/gj/2011/03－16/2908433.shtml，访问时间：2011年4月25日。

〔4〕 http://news.sohu.com/20110425/n306414071.shtml，访问时间：2011年4月25日。

〔5〕 http://tech.southcn.com/t/2011－03/21/content_21581619.htm，访问时间：2011年4月25日。

〔6〕 邱正文：“原子能法律制度若干问题研究”，载《资源节约型、环境友好型社会建设与环境资源法的热点问题研究——2006年全国环境资源法学研讨会（年会）（2006.8.10～12·北京）论文集》。

比发达国家差，但是在核法律体系建设方面却非常薄弱。我国目前还没有制定《原子能法》，许多制度也只是零散地分布在行政法规之中，部门规章也多数是就某一方面急需的管理内容而制定的，核法律法规体系远未健全完善。[1] 建立一系列完善的原子能法律制度将是原子能立法领域的重要任务。

为了能从理论上廓清原子能法律制度的基本问题，为我国核电产业乃至整个原子能事业提供更充分的智力支持和制度保障，改变目前核电产业迅猛发展，而原子能法律研究滞后的极不相称的尴尬现状，中国政法大学将在前期开展原子能立法研究的基础上，对我国现有原子能法律理论做一个总结和提炼，以期能为引领和深化我国原子能法律的发展做出积极贡献。

一、原子能与中国的核电工业

（一）原子能与核工业

现代物理学发现各种射线以及爱因斯坦推导出质能公式 $E = MC^2$ 以后，人们认识到原子世界蕴藏着巨大的能量，有关原子能的研究与应用得到了极大发展，寻求能够释放原子能的物质材料以及利用原子能机制的活动形成了有关“核”的工业领域。

我国自 20 世纪 50 年代发展核工业起，相继研制成功原子弹、氢弹、核潜艇，中国在核领域的军事力量在世界上有着相当的影响力。除了核科技在军事领域的应用以外，国家也特别重视核技术、核能的和平利用。第二次世界大战后形成的“冷战”格局被打破以后，世界范围的军事对抗大大缓和。许多国家，尤其是发展中国家，意识到发展经济实力的迫切性和重要性，发展综合实力的竞争不断加强。和平与发展是当今世界的两大主题，中国实行改革开放政策以来已经数次公开宣布裁军。与此同时，中国的核工业也进行了战略性调整，20 世纪 70 年代末，随着国家工作重点转向经济建设，核工业由主要为军用服务转向军民结合，以核为主，多种经营，主要从事核能、核技术的和平利用以及民用产品的开发。1983 年 6 月，在浙江海盐县秦山，开始了中国自行设计的电功率为 30 万千瓦的秦山核电站的建设。1984 年 4 月，我国引进技术设备，在广东深圳开始建设大亚湾核电站。1988 年 4 月，核工业部被撤销，其政府职能划入新建的能源部；同时组建了中国核工业总公司，

〔1〕 杨琳琳：“国际原子能机构简介”，载北京法院网，http：//bjgy. chinacourt. org/public/detail. php? id =91597，访问时间：2011 年 4 月 18 日。

负责对核工业企事业单位的经营管理。20 世纪 90 年代以来，核工业继续贯彻“军民结合，以核为主，多种经营，搞活经济”的方针，得到了更快的发展。大量的核工业企业依靠技术和组织资金的优势，制定“转民”计划，兴建大型民用项目。

核科技的发展促进了我国核工业的发展，我国已形成包括放射性矿产资源勘探和开采、核仪器表制造、核工程建设、核能发电在内的工业群，核技术在医疗卫生、农业等方面都取得了长足的发展；其中核工业，包括核电科研、设施建设、核材料制造、核燃料运输、核燃料后处理等居于显著的位置。

（二）原子能与电力工业

电力工业（electric power industry）指将煤炭、石油、天然气、核燃料、水能、海洋能、风能、太阳能、生物质能等一次性能源经发电设施转换成电能，再通过输电、变电与配电系统供给用户作为能源的工业部门。1986 年，全世界水电发电量占 20.3% ，火电占 63.7%，核电占 15.6%；美国水电占 11.4%，火电占 72.1%，核电占 16.0%；前苏联水电占 13.5%，火电占 76.4%，核电占 10.1%；日本水电占 12.9%，火电占 61.8%，核电占 25.1%；中国水电占21.0%，火电占79.0%。世界上核电比重最大的是法国，1989 年占总发电量的 74.6%。

中国是世界上第二大能源消费国，目前在役核电机组 13 个，但仅占电力总装机容量的 1.3%。我国 2008 年春季南方发生的大面积冰灾造成的停电事故，使许多人开始反思远距离输电输煤以及能源结构单一带来的弊端。目前我国许多城市拉闸限电，缺的不是容量而是燃料。2007 我国的装机容量是 7.13 亿千瓦，到 2020 年要达到 13 亿千瓦左右，而可利用的煤炭资源是有限的。在这些容量中，如果核电不占到一定比例，可持续发展很难做到。如果把核电在总装机容量中的比重提高到 5% 以上，对调整能源结构以及国家的能源安全十分有利。

二、中国原子能领域法学研究的现状

美国、法国、日本、德国、英国、前苏联以及欧洲若干国家的原子能事业发展较早，对核损害赔偿等法律问题的研究也获得同步发展，并纷纷建立健全了各自的国内核法律体系。我国台湾地区对原子能利用和核损害赔偿等法律问题的研究也起步较早，且早已通过和实施了“原子能法”、“核子损害赔偿法”及其施行细则。曾任教于台湾中兴大学的陈春生先生早在 1995 年就

出版了其专著《核能利用与法之规制》。该书是我国台湾地区乃至我国大陆首次探讨有关核能利用的法律问题的体系论著。[1]

我国大陆地区系统论述核损害民事责任问题的重要著作为2005年出版的《核损害民事责任研究》,[2] 该书指出，在核能的和平利用中，应当将保护公众的基本权利放在首位，考虑当代人与后代人的健康利益和环境利益，依法处理核损害的赔偿问题，使受害人能够无差别地在人身、财产和环境等方面对遭受的损害获得及时、充分的赔偿。以此为基础，该书主要研究了对核损害的基本界定、核损害民事责任立法的历史演进、核损害民事责任的一般理论、核损害责任制度的原则、核损害赔偿的基本问题、我国关于核损害责任制度的建构等内容。重点对核损害民事责任制度的法理基础予以阐述，并就如何建立与国际核责任公约接轨的、符合中国国情的核损害民事责任制度提出了自己的见解。核电技术专家傅济熙先生也就核损害赔偿问题撰写了《核损害的民事责任与赔偿》一书，对国际和各国的核损害民事责任的法律制度进行了介绍，并在书中提供了大量文献资料，具有重要研究价值。

《美国核法律与国家能源政策》一书,[3] 是我国对美国核法律法规进行系统研究的重要专著。该书以"高能核废料的处置"的研究为立足点，比较系统全面地阐述了美国核法律的发展历史、美国环境法律与核法律的关系、美国核法律的基本内容、美国核管理机制的历史以及美国现代的涉核管理体系，并就国际核法律的现状和发展予以介绍，在此基础上，对中国的民用核工业发展进行了评测。值得注意的是，由于作者是从环境法的视角来开展研

[1] 陈春生，德国慕尼黑大学法学博士，台北大学法律学院法律系教授。他在自我介绍中写道：原子能法领域方面，敝人自博士学位论文《核能电厂设立许可程序中之司法角色》以来，逾十年持续专注于原子能法之研究，惜境内关于核能利用争议，均非从司法救济途径探讨着手，而是诉诸政治社会运动等社会成本巨大之方式解决。拙著《核能利用与法之规制》即一再点出此点，该书亦为境内首次探讨核能利用有关法律问题之体系论著。至于《核设施除役问题之比较法研究》一文，则更是境内法学者较少探讨之问题，相信对境内此方面之研究有参考价值。详情请浏览 http://www.ntpu.edu.tw/law/teacher/chen-cs/chen-cs.htm，访问时间：2009年2月28日。

[2] 蔡先凤：《核损害民事责任研究》，原子能出版社2005年版。

[3] 阎政：《美国核法律与国家能源政策》，北京大学出版社2006年版。

究，所以其对核法律的定位异于通常的理解，[1] 作者认为“核法律有着归属于一般环境法律体系的特征……围绕核污染环境构成的法律集合，明显形成一个属于环境法律体系的核环境法律子体系”。[2]

而由陈刚主编的《世界原子能法律解析与编译》一书则第一次将世界主要国家原子能基本法引入国内并系统分析了原子能基本法立法结构和基本规律，并全面阐述了世界主要核电大国的核能法律体系结构。

除上述几本系统论述原子能法律相关问题的著作外，我国学者也就该领域的法律问题撰写了一些论文，[3] 但大都失之零散和缺乏跟踪性研究，并且囿于该领域的技术性太强，多是由原子能技术专家撰文研究，而法学学者的研究相对较少。对于这种情况，笔者认为应该继续加强技术专家与法学专家的合作，才能对原子能立法问题有深入而富有成效的研究，为我国高质量的原子能立法提供理论支持和指导。

三、中国原子能立法现状

我国从20世纪50年代起就开展核能军事利用研究，1964年成功爆炸第一颗原子弹，1991年建成我国自主设计建造的秦山核电站，在军用和民用科技领域取得丰硕的成果。但国家在原子能立法方面远落后于原子能利用的发展脚步。

我国原子能利用已经具备了标准化、规模化、系列化发展的实力。近年来，我国逐步重视原子能法律体系的建设，与以往着重单一管理领域分散立法的做法有所不同，全国人大常委以及有关部委正在组织《能源法》、《原子能法》、《核电管理条例》等相关上位法律法规的起草工作，将整体推动原子

---

〔1〕 通常，我们将核电视为能源的一种，而将与之对应的核电法律规范视为能源法的一部分。由国家发展和改革委员会能源局组织、中国法学会能源法研究会具体承担撰写的《中国能源法律体系研究——能源立法战略安全可持续发展》一书中，将“原子能法篇”作为其组成之一，可视为对本文观点的有力佐证。

〔2〕 阎政：《美国核法律与国家能源政策》，北京大学出版社2006年版，第127页。

〔3〕 主要论文有：陈俊：“我国核法律制度研究基本问题初探”，载《中国法学》1998年第6期；李雅云：“核损害责任法律制度研究”，载《环球法律评论》2002年秋季号；傅济熙、董保同：“浅谈第三方核责任法律制度”，载《中国核工业》1998年第3期；耿志成：“关于建立原子能法体系的初步探讨”，载《中国能源》1991年第5期；秦志军、郭伟：“建立核损害赔偿机制促进核电发展”，载《中国电力企业管理》2004年第11期；赖江南等：“适应新形势建立健全原子能法律体系”，载《中国核工业》2006年第7期；陈维春：“法国核电法律制度对中国的启示”，载《中国能源》2007年第8期。

能法制化建设。

由于原子能法律体系规格高、专业性强、标准国际化、影响面广，涵盖国际公约、双边条约、国际原子能机构准则、各国原子能立法、电力立法及相关行政法规、行业规范等规范性文件，涉及民法、商法、环境保护法、国际法、诉讼法、知识产权法等多个法学领域，业务管理跨越国家发改委、国家能源局、财政部、工业与信息化部（国防科工局、国家原子能机构）、环保部（核安全局）、商务部、国资委、电监会等多个部门，因而我国原子法律体系的建立和完善将经历一个过程。

2004 年 3 月，全国人大代表、全国人大环境与资源保护委员会委员、中核集团公司前总经理李定凡提出议案，建议启动《原子能法》的立法工作。李定凡等 36 位代表认为，中国作为一个有核国家，和平利用原子能已经有几十年，深感原子能法是我国法律体系中基本而又急需的法律，应当成为中国特色社会主义法律体系中的重要组成部分。他们建议全国人大常委会抓紧制定《原子能法》[1]。这表明，制定核能领域的基本法律规范已是我国当前立法规划中应当重点考虑的问题。

2011 年 3 月 11 日，东日本 9 级大地震引发福岛核电站危机事故发生后，进一步引起了国家对原子能立法的重视。国务院法制办启动《原子能法》立法工作，由工信部牵头，联合国家能源局和环保部成立立法工作组开展工作。2011 年 4 月上旬，在中国核能行业协会年会上，协会理事长张华祝介绍，中国核能行业协会已经完成《原子能法》的立法研究课题，该法草案有望在年底征求各部门意见。[2] 环保部核安全局《放射性废物安全管理条例》也进入国务院法制办最后审核讨论阶段，立法进程明显加快。

我们将我国现行的原子能法律法规进行收集和整理，按效力层级总体归纳出以下四个大类：

（一）中国原子能相关法律

我国目前尚未制定统一规范的原子能基本法（不少国家的做法是制定国家原子能法作为原子能利用管理的上位法律，作为原子能和平利用的总体规

---

[1] "36 位代表提议：启动《原子能法立法》工作"，参见中国国家原子能机构网站 http://www.caea.gov.cn/n602669/n602674/n602695/n602700/32669.html，访问时间：2008 年 10 月 13 日。

[2] http://news.sohu.com/20110425/n306374098.shtml，访问时间：2011 年 4 月 25 日。

范）。目前我国与原子能利用管理相对密切的法律有以下16个，但不排除其他法律存在对原子能利用管理方向的规范要求。

有关法律包括：《环境保护法》（1989年12月26日）、《电力法》（1995年12月28日）、《矿产资源法》（1996年8月29日）、《招标投标法》（1999年8月30日）、《海洋环境保护法》（1999年12月25日）、《大气污染防治法》（2000年4月29日）、《海域使用管理法》（2001年10月27日）、《安全生产法》（2002年6月29日）、《环境影响评价法》（2002年10月28日）、《放射性污染防治法》（2003年6月28日）、《土地管理法》（2004年8月28日）、《固体废物污染环境防治法》（2004年12月29日）、《可再生能源法》（2005年2月28日）、《节约能源法》（2007年10月28日）、《水污染防治法》（2008年2月28日）、《消防法》（2008年10月28日）。

上述法律主要可以分类为环境保护类、能源类、安全管理类和其他相关类四大方面，凸显法律规范要求原子能利用管理对环境和社会的安全责任高于一切。

（二）中国原子能相关行政法规与法规性文件

国务院核能利用行业主管部门目前正在加紧《核电管理条例》的起草，作为行业管理的行政法规，全面规范核电规划、厂址、投资、建设、运营、退役、燃料、装备等管理环节，是未来中国原子能利用规范化、法制化管理的重要依据。目前，涉及上述原子能利用管理环节的行政法规较为分散，不少法规立法时间已久，法规之间关联性也不大，难成体系。与原子能利用管理直接相关，指导建设、运营、环保、铀资源开发的国务院行政法规及法律文件大约有32份，是目前核能利用管理较为重要的法律依据，具体划分为原子能投资建设、核材料运营管理、环境保护、铀资源开发四大类。

1. 原子能投资建设法规。这一类法规主要是指国务院发布的指导原子能项目申报与建设安装的法律文件。这些条例并非专门适用于核电项目，而且还可以作为核电项目启动过程的执行参照。

主要包括：《建设工程质量管理条例》（国务院令第279号2000年1月30日）、《建设工程勘察设计管理条例》（国务院令第293号2000年9月25日）、《建设工程安全生产管理条例》（国务院令第393号2003年11月24日）、《国务院关于投资体制改革的决定》（国发［2004］20号2004年7月26日）。

2. 原子能利用管理法规。此类法规规范核材料及核设施运营管理过程中

各重要环节的管控，针对性较强，专业性也比较强。这类法规主要包括：

《国务院关于处理第三方核责任问题的批复》（国函［1986］44号，1986年3月29日）、《民用核设施安全监督管理条例》（国务院发布，1986年10月29日）、《核材料管制条例》（国务院发布，1987年6月15日）、《核电厂核事故应急管理条例》（国务院令第124号，1993年8月4日）、《国务院关于严格执行我国核出口政策有关问题的通知》（国发［1997］17号，1997年5月27日）、《危险化学品安全管理条例》（国务院令第344号，2002年1月9日）、《放射性同位素与射线装置安全和防护条例》（国务院令第449号，2005年9月14日）、《国家核应急预案》（国务院发布，2006年1月24日）、《核出口管制条例》（国务院令第480号，2006年11月9日）、《核两用品及相关技术出口管制条例》（国务院令第484号，2007年1月26日）、《国务院关于核事故损害赔偿责任问题的批复》（国函［2007］64号，2007年6月30日）、《民用核安全设备监督管理条例》（国务院令第500号，2007年7月11日）、《特种设备安全监察条例》（国务院令549号，2009年1月24日）、《电网调度管理条例》（国务院令第115号，1993年6月29日）、《电力供应与使用条例》（国务院令第196号，1996年4月17日）、《电力设施保护条例》（国务院令239号，1998年1月7日）、《电力监管条例》（国务院令第432号，2005年2月15日）、《国务院办公厅关于转发发展改革委等部门节能发电调度办法（试行）的通知》（国办发〔2007〕53号，2007年8月2日）。

3. 环境保护法规。主要包括：《海洋倾废管理条例》（国务院发布，1985年3月6日）、《防治陆源污染物污染损害海洋环境管理条例》（国务院令第61号，1990年6月22日）、《建设项目环境保护管理条例》（国务院令253号，1998年11月29日）、《水污染防治法实施细则》（国务院令第284号，2000年3月20日）、《防治海岸工程建设项目污染损害海洋环境管理条例》（国务院令第507号，2007年9月25日）。

4. 铀资源开发。主要包括：《矿产资源监督管理暂行办法》（国发［2003］17号，1987年4月29日）、《矿产资源补偿费征收管理规定》（国务院令第222号，1997年7月3日）、《矿产资源勘查区块登记管理办法》（国务院令第240号，1998年2月12日）、《矿产资源开采登记管理办法》（国务院令第241号，1998年2月12日）、《探矿权采矿权转让管理办法》（国务院令第242号，1998年2月12日）。

（三）中国原子能相关部门规章

1. 可行性研究与核准。主要包括：《关于核电建设项目前期工作审批程序的规定》（试行）（电计［1995］202号，1995年4月7日）、《核电厂工程建设项目初步可行性研究与可行性研究内容深度规定》（试行）（电计［1996］737号，1996年11月13日）、《国家发改委关于实行企业投资项目备案制指导意见的通知》（发改投资［2004］2656号，2004年11月25日）、《国家环保总局、国家发展改革委关于加强建设项目环境影响评价分级审批的通知》（环发［2004］164号，2004年12月2日）、《国家发展改革委员会办公厅关于我委审批或核准的投资项目向国务院备案有关事项的通知》（发改办投资［2005］1070号，2005年5月30日）、《关于规范水土保持方案技术评审工作的意见》（办水保［2005］121号，2005年6月22日）、《企业投资项目核准暂行办法》（国家发展改革委员会令第19号，2005年9月15日）、《国家发展改革委员会关于发布项目申请报告通用文本的通知》（发改投资［2007］1169号，2007年5月28日）。

2. 建设。主要包括：《核电厂厂址选择安全规定》（国家核安全局令第1号，1991年7月27日）、《工程总承包企业资质管理暂行规定》（试行）（建施字第189号，1992年4月3日）、《工程建设监理规定》（建监［1995］737号，1995年12月15日）、《核电站常规岛工程施工企业资质管理的若干规定》（电建［1997］232号，1997年4月21日）、《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（国家发展计划委员会令第3号，2000年5月1日）、《房屋建筑工程质量保修办法》（建设部令第80号，2000年6月30日）、《工程建设项目自行招标试行办法》（国家发展计划委员会令第5号，2000年7月1日）、《实施工程建设强制性标准监督规定》（建设部令第81号，2000年8月25日）、《建设工程监理范围和规模标准规定》（建设部令第86号，2001年1月17日）、《建筑工程施工许可管理办法》（建设部令第91号，2001年7月4日）、《工程勘察设计收费管理规定》（计价格［2002］10号，2002年1月7日）、《工程建设项目施工招标投标办法》（国家发展计划委员会、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、中国民用航空总局令第30号，2003年3月8日）、《报国务院批准的项目用海审批办法》（国函［2003］44号，2003年4月19日）、《核动力厂设计安全规定》（国核安发［2004］81号，2004年4月18日）、《国家发展改革委员会关于加强固定资产投资项目节能评

估和审查工作的通知》（发改投资［2006］2787号，2006年12月12日）、《建设工程勘察质量管理办法》（建设部令第163号，2007年11月22日）、《工程监理企业资质管理规定》（建设部令第158号，2007年6月26日）、《建筑业企业资质管理规定》（建设部令第159号，2007年6月26日）、《建设工程勘察设计企业资质管理规定》（建设部令第93号，2001年7月25日）、《安全生产违法行为行政处罚办法》（国家安全生产监督管理总局令第15号，2007年11月30日）。

3. 运营。主要包括：《核电厂质量保证安全规定》（国家核安全局HAF003，1991年7月27日）、《民用核燃料循环设施安全规定》（国家核安全局HAF301，1993年6月17日）、《核电厂安全许可证件的申请和颁发》（HAF/001/01，1987年4月1日）、《核电厂运行安全规定附件一：核电厂换料、修改和事故停堆管理》（国家核安全局发布，1994年3月2日）、《核设施的安全监督》（HAF001/02，1995年6月14日）、《核电厂营运单位报告制度》（HAF001/02/01，1995年6月14日）、《核燃料循环设施营运单位报告制度》（国家核安全局发布，1995年6月14日）、《核电厂运行评估管理办法（试行）》（国防科学技术工业委员会发布，2002年6月4日）、《核动力厂运行安全规定》（HAF103，2004年4月18日）、《核电厂运行经验交流实施规则》（试行）（科工二司［2005］1276号，2005年10月27日）、《民用核安全设备设计制造安装和无损检验监督管理规定》（HAF601，2007年12月28日）。

4. 核应急。主要包括：《国际核事件分级和事件报告系统管理办法（试行）》（科工二司［2001］38号，2001年1月19日）、《核电厂核事故应急报告制度》（科工二司［2001］1033号，2001年12月11日）、《核事故辐射影响越境应急管理规定》（国防科学技术工业委员会令第11号，2002年2月4日）、《核应急管理导则——放射源和辐射技术应用应急准备与响应》（科工二司［2003］147号，2003年02月21日）、《核电厂核事故应急演习管理规定》（科工二司［2003］169号，2003年2月18日）、《国防科工委关于加强核设施营运单位核应急管理工作的意见》（国防科学技术工业委员会，2007年4月3日）。

5. 放射性废物处理。主要包括：《铀、钍矿冶放射性废物安全管理技术规定》（GB 14585－93，1993年8月30日）、《低、中水平放射性废物近地表处置设施的选址》（HJ/T 23－1998，1998年1月8日）、关于发布《核技术

利用放射性废物库选址、设计与建造技术要求》（试行）的通知（环发［2004］46号，2004年3月17日）、《高放废物地质处置研究开发规划指南》（科工二司［2006］45号，2006年2月14日）。

6. 核燃料。主要包括：《核反应堆乏燃料道路运输管理暂行规定》（科工法［2003］520号，2003年6月18日）、《核动力厂燃料装卸和贮存系统设计》（HAD102/15，2007年1月23日）。

7. 核材料进出口。主要包括：《核材料管制条例实施细则》（HAF501/01，1990年9月25日）、《核产品转运及过境运输审批管理办法（试行）》（科工法字［2000］48号，2000年1月27日）、《核出口管制清单》（国防科学技术工业委员会令第7号，2001年6月28日）、《核进出口及对外核合作保障监督管理规定》（国防科学技术工业委员会、外交部、对外贸易经济合作部令第10号，2002年1月17日）。

8. 电力。主要包括：《电网调度管理条例实施办法》（电力工业部令第3号，1994年10月11日）、《供用电监督管理办法》（电力工业部令第4号，1996年5月19日）、《电力工业环境保护管理办法》（电力工业部令第9号，1996年12月2日）、《电力设施保护条例实施细则》（国家经济贸易委员会、公安部令第8号，1999年3月18日）、《关于区域电力市场建设的指导意见》（电监市场［2003］21号，2003年7月24日）、《电力市场技术支持系统功能规范（试行）》（电监市场［2003］22号，2003年7月24日）、《电力安全生产监管办法》（国家电力监管委员会令第2号，2004年3月9日）、《电力生产事故调查暂行规定》（国家电力监管委员会令第4号，2004年12月20日）、《电力二次系统安全防护规定》（国家电力监管委员会令第5号，2004年12月20日）、《电力市场运营基本规则》（国家电力监管委员会令第10号，2005年11月7日）、《电力市场监管办法》（国家电力监管委员会令第11号，2005年11月7日）、《电力监管机构举报处理规定》（国家电力监管委员会令第17号，2006年1月24日）、《电力监管机构投诉处理规定》（国家电力监管委员会令第18号，2006年1月24日）。

9. 环境。主要包括：《城市放射性废物管理办法》［（87）环放字第239号，1987年7月16日］、《环境标准管理办法》（国家环保总局令第3号，1999年4月1日）、《近岸海域环境功能区管理办法》（国家环保总局令第8号，1999年12月10日）、《建设项目竣工环境保护验收管理办法》（国家环

境保护总局令第13号，2001年12月27日）、《建设项目环境影响评价资质管理办法》（国家环境保护总局令第26号，2005年8月15日）、《环境影响评价公众参与暂行办法》（环发［2006］28号，2006年2月14日）。

10. 国土资源。主要包括：《城市国有土地使用权出让转让规划管理办法》（建设部令第22号，1992年12月4日）、《土地登记规则》（［1995］国土［法］字第184号，1995年12月28日）、《征用土地公告办法》（国土资源部令第10号，2001年10月22日）、《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》（国土资源部令第11号，2002年5月9日）、《国家投资土地开发整理项目竣工验收暂行办法》（国土资发［2003］21号，2003年1月21日）、《国家投资土地开发整理项目实施管理暂行办法》（国土资发［2003］122号，2003年4月16日）、《协议出让国有土地使用权规定》（国土资源部令第21号，2003年6月11日）、《矿产资源登记统计管理办法》（国土资源部令第23号，2004年1月9日）、《国防科学技术工业委员会、公安部、国土资源部、国家环保总局关于整治铀矿开采冶炼秩序的通知》（科工二司［2005］510号，2005年5月11日）、《国土资源部、国防科学技术工业委员会关于加强铀矿地质勘查工作的若干意见》（国土资发［2008］45号，2008年3月4日）、《建设项目用地预审管理办法》（国土资源部令第42号，2008年11月29日）。

（四）中国原子能相关地方性法律文件

这些地方性法律文件主要有：《浙江省核电厂辐射环境保护条例》（浙江省第九届人民代表大会常务委员会公告第80号，2002年12月20日）、《山东省辐射环境管理办法》（山东省人民政府令第153号，2003年2月11日）、《江苏省辐射污染防治条例》（江苏省第十届人民代表大会常务委员会公告第142号，2007年11月30日）、《广东省民用核设施核事故预防和应急管理条例》（广东省人民第八届代表大会常务委员会公布，1997年12月18日）、《广东省核电厂环境保护管理规定》（粤府［1996］83，1996年9月28日）、《关于修改〈广东省核电厂环境保护管理规定〉等4项政府规章的决定》（广东省人民政府令第89号，2004年7月26日）、《江门市核应急预案》（江府办［2007］138号，2007年12月14日）、《大亚湾核电厂周围限制区安全保障与环境管理条例》（深圳市第一届人民代表大会常务委员会，1994年11月2日）、《深圳市核应急交通保障行动预案》（深交［2004］255号，2004年4月23日）等。

原子能法的概念和主要内容

赵威*

一、推进原子能立法的迫切性

（一）我国目前原子能立法的不足

我国的核电发展起步较晚，但发展速度较快，自1991年我国第一座核电站——秦山核电站实现并网发电20年以来，目前我国已有13个运营核电机组，在建核电机组近30个，是世界上拥有在建核电机组最多的国家。但我国至今仍未建立起完整的原子能法律体系，目前核能安全监管依靠的只是一部《放射性污染防治法》，以及八部行政法规和一些部门规章，甚至公众最关注的关于"核损害赔偿"问题，也只有国务院《关于处理第三方核责任问题的批复》，这与我国核能大国的地位显然是不相称的。从前文关于我国原子能立法现状的介绍中可以看出，我国现阶段原子能立法存在着诸多不足，如规定分散、不成体系；规定不全面，不足以覆盖原子能利用领域各个方面；许多规定已显陈旧或不合理，难以符合现

---

* 赵威，中国政法大学教授、博士生导师。

实发展的需要，亟须根据实际情况进行修改、调整；办法、通知、规定较多，规范层级不高，权威性和稳定性不强等。

原子能技术属于高新技术，具有相当的专业性和复杂性，不进行专业性、针对性的立法，显然是难以满足原子能利用事业的需要的。此外，原子能的利用牵涉的范围也很广，如矿产的勘探、开采、加工，核燃料及核设备的运输和管理，核电站的运营和管理，核辐射的防护和核损害赔偿制度等等。如有学者就曾提出，原子能法律体系如下：法律——《原子能法》；行政法规——《放射性矿产资源勘察开采条例》、《放射性矿产资源勘察开采登记条例》、《核电站投资管理条例》、《促进核电设备技术国产化条例》、《核设施管理条例》、《核材料运输管理条例》、《核材料管理条例》、《放射性同位素及其制品和辐射装置管理条例》、《民用核设施安全监督管理条例》、《核事故应急条例》、《核承压设备管理条例》、《核电站保护条例》、《核损害赔偿条例》等。[1] 仅从这两点而言，对原子能利用事业进行单独的、系统的立法的必要性已经是无须赘言。前述学者所提议的原子能立法体系，已可见原子能利用需要进行立法规范之范围广阔，即便如此，上述学者建议的体系也并未囊括原子能利用领域的方方面面。而我国对原子能专门立法的缺失的严重性前文已经提及，立法缺失或立法规定的陈旧、不合理，将直接导致现实中很多问题找不到解决的依据，抑或是问题得不到合理的解决，而这都可能对原子能利用事业的健康发展造成阻碍。

（二）推进我国原子能立法的重要性

核能利用对于保障我国的国家安全以及促进国民经济的可持续发展均具有不言而喻的重要意义。一方面，仅就核能的民事利用而言，核能除了用于提供高效、清洁的电力，其在农业、医疗卫生、生物技术以及地质勘探等方面均应用广泛。另一方面，安全是核能和平利用的首要问题，此次日本福岛核电事故促使各国重新审视自己的核能发展战略，我国目前也已将“积极发展”核电的方针调整为“安全第一”。核能利用具有潜在的高风险，因此完善核能利用各领域的法律法规及管理条例，对于提高核能利用过程中的技术水平和风险管理水平，促进核能利用的健康发展，具有重要意义。

建立起完善的核能法律体系，调整原子能科学研究和开发利用及其规制，

---

〔1〕 耿志成：“关于建立原子能法的体系的初步探讨”，载《中国能源》1991 年 5 月第 22 期。

可以促进核能和平利用事业的发展，有利于提高核能利用的科学技术水平；可以维护社会公共利益，保护公民的合法权益；可以促进生产力和经济发展，优化能源结构，提高能源利用率，保证能源的可持续利用，更好地保护生态环境和履行国际环境公约。[1] 我国在原子能利用上已达相当水平，范围广、规模大、技术高，而原子能立法却极为缺失、落后，因此加快推动我国原子能法理体系的逐步建立和完善成为当务之急。

原子能发展有其自身的特殊性，须有特殊的法律原则与规范，建立并发展与中国核工业相适应的基本法律规范体系是非常必要的。目前我国只有少数法律（狭义）的少数条款明确规定了有关“核”的问题，如刑法（第2章危害公共安全的犯罪和第6章破坏环境资源保护的犯罪）、环境保护法、矿产资源法，没有调整原子能领域法律关系的基本法律，绝大多数的原子能领域活动由行政机关进行管理。

由于核领域活动在国家政治经济生活中的重要性，通过一定的程序、组织加以约束是非常必要的，绝不能放任自流，因而我国应加快推进《原子能法》的制定。

第一，一般情况下，公民、法人的行为，只要不是属于法律所禁止的范围，又不会导致对社会的危害，那么就应该认定为合法行为；而行政机关的行政行为就不能依此类推，因为行政行为将直接或间接导致社会权利义务配置的变化。

第二，对核领域进行特殊的社会控制，就必然涉及大量的行政许可、管制以及其他宏观调控措施。[2] “现代立法机关经常进行‘空白支票式’立法授权，授权立法极易被滥用。行政主体一旦滥用行政立法权便会造成社会权利分配之极大不公，乃至社会利益之配置严重失调。”[3] 因此，必须通过法律而不是行政机关自己制定的规则来规范行政机关的职责、权限。惟其如此，才能使行政权力受到监督，在制度上促进依“法”行政，提高效率，防止权力滥用。

---

〔1〕 蔡先凤：“中国核损害责任制度的建构”，载《中国软科学》2006年第9期。

〔2〕 马怀德：“行政许可制度存在的问题及立法构想”，载《中国法学》1997年第3期。

〔3〕 郭润生、宋功德：“控权——平衡论——兼论现代行政法历史使命”，载《中国法学》1997年第6期。

第三，法律具有严肃性、稳定性、保障性、体系性的特点。核能是高科技、高危险行业，只有在法律的轨道上才能规范其健康发展，一旦发生事故，也能得到法律的制度性应急保障和善后保障。而现在大多数情况是依据行政法规、部门规章，且采取边走边看，一事一议的行政立法策略，这样显然不利于我国原子能产业的健康发展和中国特色社会主义原子能法律体系的完善。因此，应立即将原子能法的立法工作提到议事日程上来。

在日本福岛核电站泄露事故发生之前，世界发生过两次大的核电站事故：1979 年美国三里岛核电站事故和 1986 年前苏联的切尔诺贝利核电站事故，这两次事故都与人的失误密切相关，所以必须依法把人的因素提到最重要的位置。国家核安全局副局长周士荣亦认为，核安全管理面临的最大挑战是人力资源不足。周士荣介绍，现在核电比较发达的国家通常一台机组配备监管人员 35 人左右，美国 104 台机组有监管人员近 4000 人，法国和日本各有 50 多台机组，监管人员分别有 2000 多人，而我国 13 台机组只有监管人员 300 人。有官员表示，虽然我国到 2012 年要把监管队伍从 300 人增加到 1000 人，但与现在的核电发展速度相比，还是有一定差距的。因此，应通过原子能立法增加监管人员的数量，提升监管人员的素质。[1]

由于没有原子能法，我国整个核安全立法体系缺少基本法律保障。国际上所有发达国家，绝大多数发展中国家都有《原子能法》、《核安全法》和类似于《核安全法》的法律。中国作为国际原子能机构的成员国，在核安全和辐射安全方面存在着法律空白，虽然出台了很多行政法规和部门规章，但很多基本问题并没有得到根本解决。由于没有统一的法律规定，中国核能监管虽然主要由环保部国家安全局负责，但包括卫生行政主管部门和安全行政主管部门在内的其他部门也会参与，核能监管体制面临多头监管、职能交叉问题。这样潜在的危险就是有利益时争着管，一旦发生核污染，就会相互推诿，无法追究责任。[2]

二、原子能法的概念和调整范围

目前我国理论和实务界对原子能法的概念尚无一个统一的界定。国际原子能机构的《核法律手册》涉及的主要问题分别是：①监管机构、②许可检

---

〔1〕“中国核电安全管理体制成待完善”，参见《老年文摘》2011 年 3 月 31 日。

〔2〕“中国核电安全管理体制成待完善”，参见《老年文摘》2011 年 3 月 31 日。

查和执行、③辐射防护、④辐射源和放射性材料、⑤核设施安全、⑥应急准备和反应、⑦采矿及冶炼、⑧放射性材料的运输、⑨放射性废料和乏燃料、⑩进出口管制、⑪核责任及范围、⑫保障条款、⑬实物保护等。

学者陈俊指出，综合各国原子能立法的大致情况，规范的领域主要有以下几个方面：①原子能利用：核设施设计、建造、运行、反应堆监督管理、辐射防护等；②核材料管理：开采、冶炼、运输、持有、贸易等；③核技术研究和人员培训；④有关上述各项的国际合作[1]。

从我国核行业协会《原子能立法草案》研究小组提供的资料来看，《原子能法》的调整范围将包括铀矿地质的勘察和采冶、核材料的管制、核设施的管理、核技术应用的管理、放射性废物的管理、核安全的管理、核应急的管理、核损害赔偿的管理以及核进出口管理等。

分析以上各种资料，似乎可以得到这样的结论，广义概念的原子能法或核法律规范指的是原子能相关法律体系所包含的各项法律、法规、法令、规章制度、国家发布的技术规范、国际公约等的总和；而狭义概念的原子能法是指各国用于指导原子能和平利用的基本法，涉及产业链的两端，包括铀矿的开采、冶炼、加工、核燃料生产、核设施的设计建造、核废料的处理以及核事故治理及损害赔偿等领域的法律规范。

从狭义概念的角度讲，原子能法是我国境内所进行的原子能研究、开发和利用活动的基本法律规范的总和，其主要调整范围可以分为以下几个方面：

（1）核原料及核材料的管理；

（2）核设施管理与核安全；

（3）核技术的研究开发；

（4）辐射防护和环境保护；

（5）核废料处置；

（6）应急措施；

（7）核损害赔偿责任和保险。

关于原子能法的调整范围，由于我国是一个有核国家，而且原子能领域的主要技术能力和产业基础实行的是军民结合的机制，原子能法的调整范围应包括军用和民用两个方面。也就是说，无论是军用还是民用，都应当贯彻执行国

---

[1] 陈俊："我国核法律制度研究基本问题初探"，载《中国法学》1998年第6期。

家发展原子能事业的方针和政策，遵守基本的法律制度。但由于军用原子能事业又有其特殊的性质，不能完全纳入民用管理体制，可以通过由有权机关颁布单行条例的办法解决。

三、各国原子能法立法体例

从原子能法律体系的主要组成部分来看，美国、德国、日本、加拿大、英国、法国等国的规定基本相同，就其共性可归纳为9个立法组成部分：立法目的、方针和原则；定义或调整对象；管理组织与职能；政府对核相关活动的许可与监管；核相关知识产权；核损害责任与赔偿；违法责任；国际公约与国际合作；其他。这与国际原子能机构的《核法律手册》中所给出的内容大抵相同，《核法律手册》中涉及的主要问题分别是监管机构、许可检查和执行、辐射防护、辐射源和放射性材料、核设施安全、应急准备和反应、采矿及冶炼、放射性材料的运输、放射性废料和乏燃料、进出口管制、核责任及范围、保障条款、实物保护等。

通过对核电大国在原子能法律体系结构（或者说立法方式）进行简单考察，可以发现在实践中存在两种不同的原子能法立法方式，一是制定一部原子能基本法律，并以此为基础，构建其国内原子能法律体系，这以美国、德国、日本等为主要代表。从原子能法律体系的结构来看，美国存在着1954年《原子能法》，并对应原子能法律体系的主要组成部分制定了一系列的法律、法案等。1954年《原子能法》涉及民用和军事原子能利用活动的各个方面，并逐一作出详细的规定，涉及面广、操作性强。该法既鼓励原子能的开发与研究，也注重规范原子能工业领域的各个活动，是目前世界上条文最多、篇幅最长的一部原子能基本法。与美国相仿，德国是以1959年《原子能法》（也称为《和平利用原子能和防止其危害法》）为指导，由不同的法律、法令对原子能利用和管理的各个领域予以规范调整，共同组成了一个较为完善的原子能法律体系。值得注意的是，德国是目前核电大国中唯一在法律中确立"逐步淘汰核电政策"的国家，此次日本福岛核电站事故发生后，德国的这一做法或将引发更多关于原子能利用的思考。日本于1955年颁布了《原子能基本法》，规定了本国原子能政策的基本方针，这为原子能利用领域相关法律的制定奠定了基础。在《原子能基本法》的指导下，日本建立了原子能利用活动管理框架，每个特定的领域都制定了相应的子法，建立了较为完善的原子能法律体系。

另一种情形是不存在一部原子能基本法律，而是对应原子能法律体系的主要组成部分分别制定法律、条例、法案等，从而形成相应的原子能法律体系，这以加拿大、英国、法国等为代表。加拿大并没有以原子能基本法形式发布的法律，其核能领域最主要的立法是 2000 年通过的《核安全和控制法》（替代的是 1946 年《原子能控制法》），2003 年又对《核安全和控制法》进行了修订，以顺应和平利用原子能的国际化趋势。其他与原子能利用有关的法律还有 1992 年《加拿大环境影响评价法》、《加拿大危险货物运输法》、《核物质包装和运输条例》等。《核安全和控制法》与其他法律、条例等一起构成了加拿大的原子能法律体系。英国的原子能领域立法始于 1946 年《原子能法》，但该法的内容不能代表原子能基本法。英国有关原子能利用和管理的相关立法散见于不同的法律部门之中，一般可分为以保护人员为目的及与核设施有关的法律法规。前者有 1993 年《放射性物质法》、1974 年《劳动卫生与安全法》和 1985 年《电离辐射法》等，后者主要有 1965 年《核装置法》、2004 年《能源法》中的第一部分“民用核工业”等。核电在法国电力生产中占有绝大多数的份额（78%左右），但法国并没有一部原子能基本法律，其原子能利用及管理活动的立法是一个涵盖众多领域的复杂、庞大的法律体系，所适用的众多法律法规分散规定于不同的法律文件中，没有系统化编撰。

四、原子能法的主要内容

（一）核原料及核材料的管理领域法律规范

核原料管理主要包括铀矿石的开采、冶炼、运输和储存、进出口等各个方面。核材料的管理主要是对核原料进行冶炼加工后产生的核物质的持有、运输、储存、使用和处置等各方面的管理。除了遵守《矿产资源法》及其相关法规规章的规定外，由于核物质具有放射性，因此，其开采和使用应当进行更严厉的管制，包括对开采、生产、转让进行严格审批，要求持有、使用核原料的单位定期进行生产作业报告，特定条件下政府有关部门可要求核原料持有人进行强制转让，对核原料的运输、储存、进出口等定期进行严格检查和审批等。

（二）核设施管理领域法律规范

为了保证核设施的安全运营，由政府核安全主管部门对核设施的设置、运转、退役等进行管制，由营运人向主管部门提出申请，经许可同意才能进行相关活动。

从事核设施设计、制造和安装的单位必须取得资格许可证后方可从事相应的活动，申请许可证的单位必须向主管部门和国家核安全局同时提出申请。核设施要退役的，营运单位在退役前必须向国家核安全部门提交退役申请及退役报告，经批准后方可退役。

目前，我国对核电厂的建设和运营做出了管理规定，对于核电厂的建造、调试、运行和退役，国家颁发相应的安全许可证件，由国家核安全局负责审批，以保证安全。[1] 在今后的原子能立法中，对于核电厂以外的其他核设施的管制，应当准用核电厂的有关规定。

（三）辐射防护制度

辐射防护制度是指在原子能开发利用过程中，有关单位为防治放射性污染而采取的各种措施及应遵守的各项制度。辐射防护制度是原子能开发利用的安全保障。

辐射防护制度的具体内容应涵盖原子能开发利用的全过程，包括核原料开发利用的放射性污染防治、核技术开发研究的放射性污染防治、核设施的放射性污染防治以及核废物的放射性污染防治。

（四）核废料处置制度

核废料应以生产单位自主处置为主，同时政府主管部门负责监督管理。核废料的贮存、处置，应由核废料生产者自行或委托国内外具有放射性废弃物最终处置技术能力或设施的单位处置。核废料处置过程中发生意外造成损害的，应承担赔偿责任；危害后果严重，构成刑事犯罪的，要依法追究单位或个人的刑事责任。

目前我国有关核废料的管理制度，主要规定在《放射性污染防治法》中，但规定比较简略，且规定的罚金数额畸轻。《放射性废物管理条例》征求意见稿已出台，希望该条例尽快正式颁布，使核废料处置有明确法律依据。

（五）核损害赔偿制度

核损害赔偿制度应包括赔偿主体、归责原则、举证责任、赔偿范围和责任限额制度等。核事故因其危害的严重性和特殊性，其引起的核损害赔偿责

---

[1] 邱正文："原子能法律制度若干问题研究"，载《资源节约型、环境友好型社会建设与环境资源法的热点问题研究——2006年全国环境资源法学研讨会（年会）（2006.8.10～12·北京）论文集》。

任，应与一般民事责任不同。具体表现为：

第一，责任承担主体。在核损害责任领域，实行的是确定一个单一责任人的方法，即确定核设施的运营者为唯一的责任人。但由于核损害可能造成的巨大损害，仅由运营人承担赔偿责任往往不足以补偿实际损害。国际上通行的做法是实行强制性的财务保证，要求运营者应通过保险或其他财务保证，以确保能履行其所承担的赔偿责任，主要形式有核设施运营者投保的第三者责任保险和由政府财政、政府或国际社会公共基金提供的保障。我国的原子能立法中应设立核损害赔偿责任强制保险制度，要求核运营人在利用原子能之前必须参加损害责任保险，核损害发生后，受害人可以通过保险获赔。另外，当核损害后果超出运营人责任限额时，政府应为受害人提供一定的经济补偿。

第二，归责原则和免责事由。原子能利用属于高度危险作业，根据侵权法的规定，高度危险作业造成损害的，应适用无过错责任原则，即实行严格责任制度。当核事故发生造成核损害之后，只要证明核损害和核事故之间具有因果关系，核设施的运营者即需对此承担责任，而不要求证明运营者有过错。但是，武装冲突、敌对行动、暴乱，或者特大自然灾害所引起的核事故造成的核损害，运营人可免于承担责任。

第三，责任限额。由于原子能事业需要大量的资金投入，因此为了消除投资者对无限责任的忧虑，鼓励投资，促进原子能事业的发展，各国通常对运营人的责任规定了一定的限额，即实行有限责任原则。我国在 1986 年的《国务院关于处理第三方核责任问题给核工业部、国家核安全局、国务院核电领导小组的批复》（1986. 03. 29）中也规定，对于一次核事故所造成的核损害，运营人对全体受害人的最高赔偿额合计为人民币 1 800 万元。随着经济的发展，该责任限额规定明显偏低，因此有必要在制定核损害赔偿方面的专项法律法规时，对此限额进行修改。[1]

第四，诉讼时效。核损害对于人身造成的伤害有时并不是当时可以确认的，往往要过一段时间，甚至几年、十几年，伤害才逐渐显现，而考察我国

---

〔1〕 邱正文："原子能法律制度若干问题研究"，载《资源节约型、环境友好型社会建设与环境资源法的热点问题研究——2006 年全国环境资源法学研讨会（年会）（2006. 8. 10 ~ 12 · 北京）论文集》。

现有的相关诉讼时效的规定，则可明显发现其中的不足。《民法通则》第136条规定，“身体受到伤害要求赔偿的”，诉讼时效期间为1年。而最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行)》第168条[1]与《民法通则》第137条[2]的存在也显然不足以照顾到核损害的特殊情况，建议在今后制定核损害赔偿方面的专项法律法规时，考虑到核损害的这一特性，对诉讼时效进行相应修改或提供其他可行的措施。

第五，管辖法院。在核损害责任领域，一般实行单一法院管辖，指的是有关核损害赔偿的诉讼，由单一法院受理。这是有限责任原则引申出来的必然要求，因为只有这样，才能保证有限的赔偿金得到公平合理的分配，[3]同时确保司法权的统一，以防止不同法院裁定的赔偿额超出运营者责任限额，并有利于对不同索赔请求权作出公正裁决。

（六）应急措施

现场内应急措施包括所有能可靠、及时地发现可能导致紧急情况的必要措施，以便控制和终止这些事件，使其危害尽可能降到最低。在反应堆的情况下，主要目标是防止堆芯损伤，保持或恢复堆芯冷却，使工厂处于安全状态。为避免对工厂厂址和环境造成严重的辐射影响，采取缓解措施可能是必要的。这适用于所有的核设施与核活动（已考虑各自的差别）。[4]

现场外应急措施旨在最大限度降低对公众和环境的辐射照射。基本要求是信息交流和对得到的资料进行评价。场内外信息的交换特别重要。在放射性物质释放的事件中，释放的时间及释放的放射性活度特征对于决策是必不可少的。当发生向环境释放大量放射性物质事件时，必须采取保护公众的特殊措施，比如交通控制与限制、呼吁居民停留在屋内、分发碘片，以及组织

---

〔1〕条文内容为：“人身损害赔偿的诉讼时效期间，伤害明显的，从受伤害之日起算；伤害当时未曾发现，后经检查确诊并能证明是由侵害引起的，从伤势确诊之日起算”。

〔2〕条文内容为：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过20年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间”。

〔3〕郭志锋供稿：“世界核损害责任制度的发展现状”，载《国外核新闻》2007年1月刊，来源于世界核协会2006年12月报道及国际原子能机构网站。

〔4〕参见卡尔顿·施托伊贝尔：《核法律手册》，徐原、陈刚等译，法律出版社2010年版，第72页。

包括去污在内的即时卫生工作等。[1]

根据不同情况，加强与相关国际组织、国家的应急沟通与合作。

五、结语

面对传统能源的逐渐枯竭以及由于使用传统能源而导致的全球环境的不断恶化，从目前来看，核能的和平利用，无疑为解决这两大严峻的问题提供了一条合适的道路。但是核能的和平利用也存在潜在的、巨大的风险，此次日本福岛核电事故，就给人们再一次敲响了警钟。核能的和平利用事关国计民生，因而目前的关键是怎样更安全地发展，我国目前也已将“积极发展”核电的方针调整为“安全第一”。

我国现阶段核能立法现状、体系、发展方向及推进原子能立法的迫切性，在本文均已有所阐述。就目前来看，随着《原子能法》纳入立法规划，制定核能领域的基本法——《原子能法》，已是国家有关部门当前重点考虑的问题。但在欢欣于原子能立法进程加快、特别是核能领域基本法制定有所展望时，我们仍应从乐观中看到继续前进可能遇到的困难。[2] 希望今后的立法，在最大程度上弥补和完善我国现今原子能立法的不足，对于我国原子能利用的拓展以及对社会公众的保护能起到更大的作用。同时，我们也深知原子能领域的立法完善难以一蹴而就，这也是客观情况使然，不管是政府工作者、企业人还是法律人，前面的道路依然任重而道远。

---

〔1〕 参见卡尔顿·施托伊贝尔：《核法律手册》，徐原、陈刚等译，法律出版社2010年版，第72页。

〔2〕 http：//news. enorth. com. cn/system/2011/04/25/006428954. shtml，访问时间：2011年4月27日。

核电建设的投资激励

——论核电产业投资基金的法制推进

陈刚*

国际上产业投资基金虽已形成了规模超过万亿美元的庞大行业，但无论是在创始设立产业投资基金的美欧发达国家还是国际金融领域，都没有对产业投资基金形成统一的定义。它起源于创业投资、风险投资，也曾命名为风险投资基金和私募股权投资基金，针对具有高增长潜力的未上市企业进行股权或准股权投资，并参与被投资企业的经营管理，以期所投资企业发育成熟后通过股权转让实现资本增值。目前，尽管国内产业投资基金已进入试点阶段，也无法将这些试点基金完全套用国际上产业投资基金的概念，制度建设明显滞后于形势发展的需要。

国内的产业投资主要是创业投资，一种是以风险投资公司为代表的投资主体所关注的高风险、高回报投资。

* 作者就职于中国广东核电集团公司法律事务部，系中国政法大学国际法学院法学博士。

还有一种就是产业投资机构关注的传统产业投资，其目标是风险性较小、收益稳定的基础设施建设等投资。后者因寻求业务的稳健增长和资本的快速积累，使它在相当长的一段时间内处于被忽视、忽略的角落，缺少强有力的支持。[1] 当前创建的试点产业投资基金更多的是偏向于后者的投资类型。

国内设立核电产业投资基金已从试点起步，2010 年，核电产业投资基金一期目标募集 70 亿元资金，主要投资于核电等清洁能源及相关产业项目。该基金是国务院批准的第二批 5 家试点国有产业投资基金之一，同时是我国首家由企业发起并经国务院批准设立的主要定向核电领域的产业投资基金。[2] 目前基金已经募集到位，即将发挥资金优势向核电投资领域资金输血的作用。核电产业投资基金性质上是以重大项目投资为目标，追求的是核电项目的长期稳定收益，同时也存在投资额大、建设周期长、收益期晚的特点。

自 2005 年国务院批准颁布《核电中长期发展规划（2005～2020）》以来，核电投资规模显现，根据规划 15 年内新开工建设和投产的核电规模估算，核电项目建设资金需求总量约为 4500 亿人民币[3]。根据“国务院关于调整固定资产投资项目资本金比例的通知”（国发〔2009〕27 号），对应核电建设项目资本金占总投资额的 20%，以此计算出 15 年中由企业投入的项目资本金需求量约为 900 亿元。而当前趋势是核电建设总规模将翻番，意味着项目资本金需求也将成倍地增长至 1800 亿元或更多。目前核电建设资金筹措基本上由核电企业自筹资本金，或由银行提供商业贷款。应该看到，依靠核电企业直接筹集资金的方式难以适应核电建设规模发展的需要，也不利于企业的资本运营。因此，寻找新的投资渠道迫在眉睫，核电产业投资基金应运而生。

为了促进核电建设的投资，对投资者形成正向激励，进一步优化当前核电建设融资渠道，必须从法制轨道上的创新着手。

一、加快出台产业投资基金管理办法，指导试点基金的募集和管理

建立产业投资基金是国家对关系到国民经济发展的重要支柱产业投资模式的新尝试，目标是将其发展成为机构投资者不可或缺的资产配置工具，成

[1] 李东军：“解读产业投资基金”，载《新财经》2009 年 10 期。

[2] 高永钰：“首期 70 亿元 中广核产业基金属意清洁能源”，载《第一财经日报》2009 年 4 月 20 日。

[3] 国家发展和改革委员会：“投资估算”，载《核电中长期发展规划（2005～2020 年）》。

为国家推动产业布局调整的重要举措。1999 年，自民建中央在全国政协九届一次会议上提出《关于尽快发展我国风险投资事业的提案》后，风险投资的话题在中国形成热点，引起国务院有关部门的重视和社会的广泛关注。政府认为我国应该发展风险投资，指示有关部门加紧制定《产业投资基金试点管理办法》[1]。10 年过去了，相应立法始终没有出台。期间，国务院批复同意将西部水务产业基金等 4 只基金纳入试点，同时要求国家发改委会同试点工作指导小组抓紧研究制定管理办法，希望通过边试点边总结的方式探索出适合中国国情的管理模式。据悉，国家发改委已将《产业投资基金管理办法》草案征求各方意见，此办法一旦推出，将对中国产业投资基金的设立与规范运作起到巨大的推动作用。

产业投资基金立法并不像想象中的一蹴而就，相反，历经 10 年的探索，仍然处于尝试阶段。与此同时，国务院批准试点产业投资基金陆续设立，而设立阶段的基金发起人大多面临无法可依，摸着石头过河的情况。在基金公司设立法律文件起草、投资股东加盟、基金管理人聘请、基金公司运作、资金募集、国家监管指导等方面各自创新，就近类比。法律缺位给管理如此庞大资金的基金公司运作带来很大的不确定性，不利于产业投资基金的健康成长，影响投资者的决策信心，也给基金公司带来经营风险。

随着核电产业投资基金第一期的发起设立，数额还远不能满足产业投资需要。核电建设需要稳定的投资资金来源，对于核电产业投资基金来说，一个健康的核电产业投资基金，既是核电安全管理的稳定因素，也是核电可持续发展的保障。国家制定产业投资基金管理法律制度本身就是对核电产业发展良好的激励机制。

二、明确核电产业投资基金的投资主体地位，保障投资人利益

长期以来，核电投资主体主要是少数的国资委管理的大型核工业企业和电力企业，其他主体参与核电投资尚无法律依据。为拓展核电项目资金来源，目前，国家能源局正在草拟《核电管理条例》，并有望在该条例中引入投资促进的条文，允许设立核电产业投资基金。但是，为了有效推动核电事业的发展，还应当在投资促进的条文中明确投资主体的多元化，同时明确核电产业投资基金的投资主体地位。

---

[1] “中国将出台《产业投资基金试点管理办法》”，中新社报道，1999 年 4 月 28 日。

通过法律形式明确核电产业投资基金参与核电项目的投资主体地位，实质上是明确基金可以作为核电项目的直接投资人，依据国家法律法规的规定作为核电项目及相关产业股东，依法享受股东的相关权利，其财产权、收益权等将依法获得保护。更为重要的是，明确了基金的投资方向、参与投资的权利，可以消除基金募集的资金投入核电项目的障碍，基金的预期投资收益明确，从而有利于提高基金投资人的投资积极性。

除了明确产业投资基金投资主体，对此事项的相应国家监管机构也需要立法规定。目前，国家发改委是产业投资基金的试点发起的审批机关，工商行政管理机关负责基金公司的注册管理，而对基金公司的行业管理、资金控制、运作监管机关则仍然缺位，应当通过立法明确。

三、拓展金融机构加盟和“以核养核”的核电产业投资基金募集渠道

短期内社会闲散资金，特别是追求短期效益的社会资金参与核电产业投资基金意愿相对较低，核电产业投资基金的募集对象主要是有意投资核电项目、资金雄厚、投资稳健的机构。在较长的时间内，基金主要向社保基金、商业保险公司和银行机构等国有大型机构募集。保监会于2010年8月5日公布了《保险资金运用管理暂行办法》，允许保险资金投资无担保债、不动产、未上市股权等新投资领域，这一规定为保险资金投资核电产业投资基金提供了法律依据，是一个很好的指引。目前社保、银行等机构投资产业投资基金仍受诸多的行业监管法律法规限制或规范不明，使其投资新的行业领域的选择机会受到影响，由于到这类机构追求长期稳定收益的性质与核电产业投资性质相同，互利双赢，风险可控，因此，国家立法层面应推动调整这些机构的投资限制规定，鼓励更多机构参与投资核电产业投资基金，为基金的募集创造条件，为金融机构稳定回报出力。

国家发改委和财政部计划设立核燃料保障、乏燃料后处理及核电站退役基金[1]。2010年7月12日，财政部、发改委和工信部已联合发文发布了《核电站乏燃料处理处置基金征收使用管理暂行办法》，率先启动乏燃料处理基金的征收工作。此外，为保证今后核电站退役的顺利进行提供资金准备，该办法要求核电站在投入商业运行开始时，从核电发电成本中强制提取、积

---

〔1〕 国家发展和改革委员会：“核燃料保障、乏燃料后处理及核电站退役基金”，载《核电中长期发展规划（2005～2020年）》。

累核电站退役处理费用，在中央财政设立核电站退役专项基金账户。核燃料储备基金的建立方式也已提到议事日程上来。上述基金的设立将从核电企业发电成本中按比例征收，金额庞大，但资金的使用尚不迫切，这笔资金需要寻求稳健增值保值的渠道。

建议通过国家主管部门立法，允许上述国家征收设立的基金能够部分进入核电产业投资基金，参与核电的投资，既实现了燃料储备、乏燃料处置和退役资金的保值增值，同时又将从核电征收的资金有效用于核电，国家可以为核电产业投资基金的投资人获取长期的投资回报，实现了核电自有资金的循环利用，“以核养核”，发挥更大效用。

四、针对行业特点给与财政税收优惠政策激励基金投资人

产业投资基金的投资者性质上是财务投资人，主观动因是追求投资利益的最大化。产业投资基金均有 15 至 20 年的存续期，到期虽可申请延续，但作为投资基金，投资人大多不寻求在投资后长期持有，以期获得较高较快的投资收益。从新建核电项目特点来看，一个项目需要将近 5 年没有回报的建设期，还要等待商业运行后约 15 年的商业银行贷款还款期，基金在 20 年存续期内可获得项目分红的收益率较低，同时，基金的短期退出也会给公司经营带来影响。虽然核电可观的收益在于基金存续期满后的股权增值，而期望基金投资人坚持到核电项目寿期末是不太现实的。

根据现行的企业所得税法，缴纳股权增值税会大幅降低核电产业投资基金收益率，也会直接影响基金投资人的积极性。希望政府部门充分考虑核电建设特点，在立法中降低或减免核电产业基金投资核电项目缴纳的股权增值企业所得税。同时希望适当时机和适当条件下允许核电产业投资基金公司上市，增加核电产业投资基金投资者的退出通道，给基金投资人更多的商业机会，回归产业投资基金的短期投资本质。

五、核电产业投资基金的管理及其核电项目投资的管理运作

当前，在国家积极推动核电行业发展的政策下，核电项目投资主体的多元化有利于核电项目公司治理结构的完善。同时也需要注意到，核电项目专业化程度高、核安全管理要求严格、承担的社会责任重大，不允许片面追求经济效益而忽视核安全和核电厂建设运营的严格技术规范。通过设立核电产业投资基金投资核电项目，可有效避免更多的投资人直接介入核电项目的经营，使核电项目内部涉及核安全管理的决策更为稳妥，遵照国家法律法规要

求进行专业化管理。

根据国家发改委的要求，产业投资基金须委托一家产业投资基金管理公司进行专业化管理，由产业投资基金管理公司负责基金资产的管理和投资，并受基金委托在投资项目中履行其股权管理职责，基金投资者作为财务投资人，享受投资收益成果。也就是说，核电产业投资基金应经国家发改委批准设立，通过委托有核电管理经验的投资管理人员控制下的基金管理公司履行其股权管理职责，实现核电安全管理，同时也是在最大程度地保护投资人的利益。

综上，国家对核电产业投资基金这一新生事物的扶持和推动，是对清洁能源发展的激励，也是对大力发展核电政策的有效促进。目前，核电产业投资基金仍处于试水阶段，正在探索前进。无论是尽快出台统一的产业投资基金管理办法，还是针对核电行业特点在各部委起草规章办法时兼顾建立有利于核电投资产业基金的相关条文，将基金投资纳入法治轨道，都关系到基金的长远发展，关系到国家能源结构调整的大局。

试论民用核设施管制中的信息公开

——以民用核能企业信息公开为研究对象

侯登华*刘　阳**

一、引言

2011年的日本大地震导致东京电力所经营的福岛核电站发生严重核泄漏事故，影响已波及全球。究其原因，首先，东京电力没有在第一时间采取"停机、冷却、封闭"的对策，耽误了时间；其次，在核危机爆发之初的数小时里，因担心可能让花费巨大建起的核电站毁于一旦，东京电力还在犹豫是否使用海水冷却反应堆。导致"控制核电站危机的关键措施被延误，是因为有关方面担心损坏值钱的电力资产"。早在3月12日上午，即地震过后的第二天，东京电力公司就曾考虑从附近海岸取水，用于冷却6个反应堆当中的一个，但直到当天晚上核电站发生爆炸并且首相菅直人下令过后才这样做。直到13日，东京电力才开始用海水冷却其他反应堆。而核电站堆芯备用冷却系统失灵，却是很早前就发现过的问题，

---

* 作者系北京科技大学法律系副教授。

** 作者系北京科技大学法律系硕士研究生。

而那时候，核电站用作假的方法骗过了安全检查部门。事实上，东京电力公司在此次震灾中的表现，并非偶然。翻看东京电力公司的历史，其之前已有多宗“数据造假、隐瞒安全隐患”的“案底”。而在某种意义上，这些“案底”为此次核电事故埋下了伏笔。

根据目前我国政府公布的核电中长期发展规划，核电装机总规模将在2020年达到3600万~4000万千瓦[1]，核电建设在我国将达到前所未有的规模，这对我国核能法律制度的完善提出了更加迫切的要求。包括核电厂在内的核设施的管制是原子能法律体系规范主要调整的内容之一[2]，同时基于原子能利用本身的特殊性及在国家能源发展中的重要地位，探究核设施管制中的信息公开问题具有十分深刻的重要性。尽管核设施管制是一个动态的行政管理过程，信息公开主体当然包括政府部门，然而，企业作为信息公开的主体，尤其是在企业环境信息公开方面，国内外立法中均已列及。作为涉及能源、环境、安全等领域的核设施利用产业，在行政管制下进行商业运营的过程中，核设施工业企业公开自身信息，承担社会责任，对于核能的持续发展具有更深层次的意义。原子能其他方面管制中的企业信息公开可以参照核设施管制中的做法。

二、核设施管制中企业信息公开的价值基础

核设施是指核动力厂（核电厂、核热电厂、核供汽供热厂等）和其他反应堆（研究堆、实验堆、临界装置等）；核燃料生产、加工、贮存和后处理设施；放射性废物的处理和处置设施等[3]。对于核设施的管理，主要包括营运、进口、规划限制区、安全管理与核事故措施等方面[4]，具体而言，营运包括核设施的建造、装料、运行、退役等活动[5]，因此，核设施管制中的企业信息，则是指贯穿核设施选址（拟建造）、建造、装料、运行、退役、安全防范、事故处理等整个过程中的信息。核设施管制中的信息，分为政府信息

---

〔1〕 秦志军、郭伟：“建立核损害赔偿机制，促进核电发展”，载《中国电力企业管理》2004年第11期。

〔2〕 邱正文：“原子能法律制度若干问题研究”，载《资源节约型、环境友好型社会建设与环境资源法的热点问题研究——2006年全国环境资源法学研讨会论文集（二）》，2006年刊。

〔3〕《放射性污染防治法》第62条。

〔4〕 汪劲：《环境法学》，北京大学出版社2006年版，第404页。

〔5〕《放射性污染防治法》第19条。

和企业信息[1]，前者的公开属于政府信息公开的范畴，本文不予论及，仅限以企业为主体的信息公开。另外，需要指出的是，基于核军事利用对国家安全的重要战略意义，本文所称核设施管制中的企业信息公开，仅限定在民用核设施企业的范畴内。

以企业为主体进行核设施管制中的信息公开，在政府有效监管、公众环境知情权保护、企业自身利益维护、社会秩序稳定方面均具有重要价值。

（一）核设施管制中企业信息公开有利于政府的有效监管

由于政府监测精力、人员配置的限制，不可能对核设施营运单位进行全面实时的监管，而且“越位”的监管则有干涉商主体自主经营之嫌。因此，一方面，核设施管制部门在除了履行监管职责过程中获得信息的途径外，通过核设施营运单位自主向政府公开企业信息，可以更有效地实施监管。另一方面，核设施营运单位向公众公开企业信息，可以促使公众实施更充分的监督，转而从另一方向有利于政府的有效监管。

（二）核设施管制中的企业信息公开有利于公众环境知情权的保护

之所以对核设施的利用加以管制，是因为一旦发生核事故，产生放射性污染，会引发重大的环境问题，造成国家和人民生命、健康、财产及社会公益遭受严重的损害。故而，从环境保护的角度上说，核设施管制中的企业信息公开有利于保护公民的环境知情权。不仅公众的生命、健康权以及财产权的维护依赖于环境知情权，而且环境知情权的确立和行使对于环境公共利益的维护也有极大影响。[2] 保障公众的环境知情权，有助于公众及早采取防范性措施、免受正在进行的环境污染事故的侵害、遭受环境污染侵害后的法律救济[3]，同时有助于环境行政决策中的公众参与。

（三）核设施管制中的企业信息公开有利于企业自身利益的维护

尽管，企业进行信息公开会产生一定的成本，按照成本效益原则进行衡量，在公开与不公开、真实公开与虚假公开的博弈之间可能引发信息公开的

---

〔1〕 我国《环境信息公开办法（试行）》将环境信息区分为政府环境信息和企业环境信息。第2条规定：“本办法所称环境信息，包括政府环境信息和企业环境信息；政府环境信息，是指环保部门在履行环境保护职责中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息；企业环境信息，是指企业以一定形式记录、保存的，与企业经营活动产生的环境影响和企业环境行为有关的信息。”

〔2〕 朱谦：“论环境知情权的价值基础”，载《政法论丛》2004年第5期。

〔3〕 朱谦：“企业环境信息强制公开的法律问题”，载《法治论丛》2007年第4期。

"道德风险"，但是，企业信息公开在树立企业形象、得到公众认可等隐性收益上的确具有重要的作用。比如在环境保护方面成绩卓著的企业可以获得"国家环境友好企业"称号的奖励，或者通过ISO14001环境管理体系认证，隐性收益将可以以显性的利益方式表现出来。另外，信息公开有助于降低企业的资本成本[1]；有助于企业取信于外部资源，增加赢得外部资源投入的机会；有助于企业间相互的协调合作，提高企业的合作效益。[2] 这些，对于核能领域的进出口与国际合作而言非常重要。

（四）核设施管制中的企业信息公开有利于社会秩序的稳定

这主要是从对核设施利用发生核事故的应对来说的。一方面，面对核事故这类严重的突发公共事件，公众如果没有及时、有效、全面的信息公开，会造成一种"神秘感"，从而可能在猜测、疑虑中引发大范围的恐慌及一系列非理智行为。另一方面，随着网络时代的到来，受众研究中的"使用与满足理论"[3] 揭开了公众使用网络这种新型媒介的动机和目的。现代使用与满足的分析认为媒介使用者在处理媒介消息时，有时是理性的，有时纯粹是消遣性或随意性的，取决于满足何种需要。因此，当某种信息，尤其是严重的突发公共事件类信息如果起初没有做到真实、有效地公开，公众获知事实真相的心理得不到满足，就极易发生误导和扭曲。"切尔诺贝利阴影"[4] 的历史教训已经告诫我们信息封锁的愚蠢性和代价性；在2011年3月11日本本州岛海域地震中，日本东京电力公司因处理核电站核泄漏事故不力、表现糟糕，而广受各方争议。

通过借鉴各行业关于企业信息公开的现有立法[5]，总结出企业信息公开

---

[1] 资本成本由无风险报酬率、经济风险溢酬和信息风险溢酬三部分组成。在某一段时间里，经济风险溢酬和无风险报酬率是固定的，而信息风险溢酬则随着公开的程度而降低。见黄先蓉、吴楣："基于成本效益原则的我国企业信息公开模式探讨"，载《图书情报知识》2008年第5期。

[2] 黄先蓉、吴楣："基于成本效益原则的我国企业信息公开模式探讨"，载《图书情报知识》2008年第5期。

[3] 梁玉峰："从网民反应看瓮安事件：信息公开才能取得信任"，载《中国新技术新产品》2010年第5期。

[4] 赵鸣："'切尔诺贝利阴影'与地方核应急心理环境的构建"，载《辐射防护通讯》2006年第4期。

[5] 主要参照的行业信息公开立法有《上市公司信息披露管理办法》、《电力企业信息披露规定》、《供电企业信息公开实施办法（试行）》、《证券公司定向发行债券信息披露准则》、《商业银行信息披露办法》、《保险公司信息披露管理办法》、《产业损害调查信息查阅与信息披露规定》等。

的立法主要包括总则、公开方式、公开内容、监督管理、附则几部分内容。对核设施管制中企业信息公开的研究则主要参照这几方面，从公开的对象、公开的方式、公开的内容及公开的监督管理进行论述。

三、核设施管制中企业信息公开的对象

根据利益相关者理论，企业可以被定义为一个利益相关者系统，主要的利益相关者包括投资者、债权人、企业员工、顾客、供应商、政府部门和社会公众等。[1] 这些利益相关者均为企业信息公开的对象，不同的对象对信息公开的需求不同。从商业经营的环节讲，投资者、债权人、供应商、顾客是企业的信息公开对象，这些对象主要关注的是在与企业发生直接关联时自身行为的安全性。就投资者而言，主要关注投资的安全性、收益性，在上市公司中的信息披露尤其重要。我国核工业企业中亦有上市公司，在上市公司信息披露中的义务应遵照《上市公司信息披露管理办法》等相关规定。而本文中所称的企业信息公开主要是指核设施营运单位在核设施管制过程中，在不同阶段对企业相关信息的公开，主要的公开对象是政府和公众，另外包括企业员工。

（一）政府部门

在核设施管制过程中，政府主管部门当然是核设施营运单位的信息公开对象。对于核工业企业这类重污染企业，政府需要了解污染控制与治理的信息、排污量信息、废物回收与处理信息、参与治理周边环境的信息、保护自然资源的信息等等，这些信息是政府制定法律法规，采取措施保护环境的依据。[2] 为有效发挥企业信息公开的效用，企业信息公开的对象应从单一的政府转向其他利益相关者。

（二）企业员工

企业的生存发展直接关乎员工的长远利益和前途，更重要的，企业员工亲身参与企业生产经营过程，尤其在核设施营运这类高度危险作业中，工作场所的环境安全直接影响其身体健康和生命安全。企业员工必然成为核设施利用企业信息公开的重要对象。

---

〔1〕 房巧玲："西方国家环境信息披露的起因与现状分析"，载《世界环境》2006年第3期。
〔2〕 曲冬梅："环境信息披露中的矛盾与选择"，载《法学杂志》2005年第6期。

（三）社会公众

核设施利用产生的巨大能量既能给人类生活带来福祉，也存在着令人恐惧的潜在风险。原子能利用的主要风险在于核设施、核材料发生放射性辐射或污染的事件或事故，进而可能对工作人员、公众、财产、环境造成不同程度的影响。[1] 核设施利用的特殊性决定了社会公众是核设施利用企业信息公开的当然对象。需要指出的是，社会公众中包含特殊部分的对象，即核企业附近的居民，他们承担的风险大于一般公众，所以在信息的获取上应当更迅捷、更及时。

四、核设施管制中企业信息公开的方式

核设施管制中企业信息公开的方式，存在两个层面的问题，一是自愿与强制的选择，一是具体的公开方式。

（一）强制公开为主，自愿公开为辅

《环境信息公开办法（试行）》第4条第2款规定："企业应当按照自愿公开与强制性公开相结合的原则，及时、准确地公开企业环境信息。"核设施管制过程中的企业信息很大一部分是环境信息，理应按照自愿与强制相结合的公开原则，然而，核设施利用企业对环境的影响远大于一般企业，且对社会的影响不囿于环境方面，因此，核设施管制中企业信息公开的强制性程度应当更高。我国当前证券市场的信息披露以强制披露为主，自愿披露为辅，对此可以借鉴，即核设施管制中企业信息公开奉行"强制公开为主，自愿公开为辅"的原则。下文探讨信息公开的内容，亦即强制公开的信息内容。对于特定公众能否申请核设施利用企业公开特定的核信息问题，本文认为应当存在可行性，但是其强制性弱于政府部门在依申请公开信息时的义务。

（二）具体信息公开方式

信息公开的方式可以非常广泛，一些主要的公开方式包括：在环保机构政府网站上公布、在企业网站上公布、在报纸和其他媒体公布、在年度环境报告书中公布等。[2] 随着网络时代的到来，信息公开网络化逐渐成为一种趋势和重要的公开途径。我国核设施利用企业等核工业企业基本为大型国有企

---

〔1〕 徐原：《世界原子能法律解析与编译》，法律出版社2011年版，第97页。

〔2〕 陶志平："关于企业环境信息强制公开制度的若干问题"，载《十堰职业技术学院学报》2010年第4期。

业，进一步完善国有企业新闻发言人制度[1]亦不失为一种有效的信息公开方式。

（三）环境报告制度

公布环境报告书目前来说是运用得最多的一种方式，其中一个著名的案例就是美国的《应急计划和公众知情权法》（EPCPA）中关于此种途径的规定。至于报告的期限、形式可以借鉴我国《证券法》中关于上市公司中期报告、年度报告、临时报告的制度。其中，中期报告、年度报告适用于核设施利用企业在正常运营过程中的信息公开，而临时报告适用于核事故应对，即核泄漏等突发事件应急处理过程中的信息公开。当然，环境报告制度不足以完全囊括核设施管制中的企业信息。

目前我国企业环境报告书的编写存在披露环境信息企业所占比例低、企业环境信息公开内容不足、公开的环境信息不准确等问题[2]，就此，山东省企业编制环境报告书指导标准——《山东省企业环境报告书编制指南》提出了编制企业环境报告书的原则、基本要点、工作流程、内容框架及指标等级，从企业概况、环境管理、企业环境保护活动等六个方面建立评价指标体系，以全面阐述企业生产运营过程中的环境信息。[3]作为中国首部企业环境报告书指南，值得参考和借鉴。

五、核设施管制中企业信息公开的内容

尽管核设施管制中的各项信息均具有重要意义，但是，不同阶段的信息所发挥的作用并不完全相同，存在分别讨论的必要。笔者认为，应当着重公开的信息包括在环境影响评价阶段、核设施营运阶段，以及核事故应对阶段中。以下，将从这三个阶段来具体探讨核设施管制中的企业信息公开问题。

（一）环境影响评价阶段的企业信息公开

在核设施管制过程中，涉及环境影响评价要求的有四处：申请办理核设

---

〔1〕冯鸿光："国有企业信息公开立法初探"，载《中山大学学报论丛》2006年第4期。

〔2〕王军、翟帆、韩子叻、汤大伟："企业环境报告书指南对环境信息公开的意义"，载《第十届中国科协年会论文集（四）》，2008年，第1845～1846页。

〔3〕王军、翟帆、韩子叻、汤大伟："企业环境报告书指南对环境信息公开的意义"，载《第十届中国科协年会论文集（四）》，2008年，第1845～1846页。

施选址审批手续前[1]、申请领取核设施建造许可证之前、申请领取核设施运行许可证之前，及申请办理核设施退役审批手续前[2]。

要求向公众公开项目环境结果最有效的措施之一是环境影响评价/报告。美国1969年《国家环境政策法》规定，环境影响报告必须陈述任何将要采取的行动可能产生的环境影响，任何不可避免的负面环境效应、将要采取行动的替代性做法、短期和长期的效果，以及任何不可撤销的环境承诺。[3] 需要指出的是，环境影响报告不同于环境报告，在核设施管制过程中，环境影响报告适用于核设施选址阶段、拟营运阶段，而环境报告则适用于核设施营运阶段和核事故应对阶段。

环境影响评价中的环境信息公开是各国环境影响评价法律的重要内容，无论是美国、日本还是欧盟，对于企业环境影响评价中的环境信息公开之内容都有具体要求。我国《环境影响评价法》对专项规划与建设项目的环境影响评价分别做出了规定，并规定了较为明确的公众参与条款。《放射性污染防治法》更是将环境影响评价作为行政许可的前置性程序，环境影响评价的重要意义可见一斑。

环境影响评价阶段，企业主要需要向政府主管部门和社会公众两类对象公开信息。

1. 对政府主管部门。《环境影响评价法》第17条规定："建设项目的环境影响报告书应当包括下列内容：建设项目概况；建设项目周围环境现状；建设项目对环境可能造成影响的分析、预测和评估；建设项目环境保护措施及其技术、经济论证；建设项目对环境影响的经济损益分析；对建设项目实施环境监测的建议；环境影响评价的结论。"具体而言，在核设施管制中，企业主要通过环境影响报告书的形式向主管部门公开其在选址、拟建造、拟运行、拟退役等行为中的信息。

2. 对社会公众。对社会公众公开企业在环境影响评价阶段信息的规定主要体现在《环境影响评价公众参与暂行办法》之中，且内容因环境影响评价

---

[1] 《放射性污染防治法》第18条。

[2] 《放射性污染防治法》第20条。

[3] [澳] 艾德里安·J. 布拉德布鲁克（Adrian J. Bradbrook）、[美] 理查德·L. 奥汀格（Richard L. Ottinger）主编：《能源法与可持续发展》，曹明德、邵方、王圣礼译，法律出版社2005年版，第141页。

阶段不同而有所区别。当核设施营运单位在敏感区域拟建造核设施时，应当在确定了承担环境影响评价工作的环境影响评价机构后7日内，向公众公告拟建造核设施的名称及概要、建造单位的名称和联系方式、承担评价工作的环境影响评价机构的名称和联系方式、环境影响评价的工作程序和主要工作内容、征求公众意见的主要事项、公众提出意见的主要方式等信息[1]。在环境影响评价报告书的编制过程中，核设施营运单位向公众公开的信息则要更具体和明确，包括：拟建造核设施情况简述、拟建造核设施对环境可能造成影响的概述、预防或者减轻不良环境影响的对策和措施的要点、环境影响报告书提出的环境影响评价结论的要点、公众查阅环境影响报告书简本的方式和期限，以及公众认为必要时向建造单位或者其委托的环境影响评价机构索取补充信息的方式和期限、征求公众意见的范围和主要事项、征求公众意见的具体形式、公众提出意见的起止时间。[2]

根据目前的立法，可以为核设施拟建造环境影响评价阶段的信息公开提供依据，核设施选址、拟运行、拟退役环境影响评价阶段的信息公开内容可参照核设施拟建造阶段。

另外，对于可能造成重大环境影响并直接涉及公众环境权益的规划和建设项目，应当举行论证会、听证会，或者采取其他形式，征求有关单位、专家和公众对环境影响报告书草案的意见。这部分意见也应属于公开信息的范畴，以使社会公众对环境影响的评价过程可以进行合理的判断。需要指出的是，核设施的利用同一般的规划、建设项目有着很大的差异，在信息公开上应适当考虑其特殊性。

（二）核设施营运阶段的企业信息公开

核设施营运阶段的企业信息公开，主要是指核设施营运单位在正常的经营活动中，阶段性地公开信息，表征企业营运状况的行为。

一方面，许可制是国家监管原子能利用的最重要方式。核设施营运包括核设施的建造、运行、退役等活动，每一环节都需要主管部门的行政许可。行政许可所载内容，公众可以通过向主管部门申请公开的方式获悉，同时，核设施营运单位亦应公开行政许可文件，以利于公众监督。核设施建造许可、

[1] 参照《环境影响评价公众参与暂行办法》第8条。
[2] 参照《环境影响评价公众参与暂行办法》第9条。

运行许可、退役审批文件中应包含的内容，现行法律规范中并无明确规定，应当认为需达到一定的具体、详实程度，比如建造许可文件中应说明建造工程完成的最早和最迟的日期、运行许可文件中应说明许可中止与撤销的条件、退役审批文件需要按照退役计划的要求来论证等，不限于许可证书所载的信息。

另一方面，核设施营运单位应当以中期环境报告、年度环境报告的形式公开其在营运过程中的环境信息等内容。对此，可以借鉴美国在企业环境信息公开方面内容的规定，主要包括四种格式：其一，环境事项、与环境事项有关的可能支出和负债、环境法规和法律程序、环境法律研究等。其二，与环境事项有关的可能支出和负债、公司产品涉及遵守环保法规情况、是否存在潜在环境负债风险、与环保法规有关的支出和债务情况等。其三，环境事件、遵守法规情况及介绍、是否发生环境治理费用、环保资本性支出金额、环保营运费用（包括设备运行费用）、公司是否存在潜在环境责任及金额、与环保有关的债券情况及金额、涉及公司重要法规介绍及公司产品质量的影响、法规要求企业强制性秩序的内容、有关环境支出对公司垄断性资金及财务状况的运行、关于证券管理部门法规执行情况、是否遵守有关法规、财产是否合规、是否收到起诉、是否有未决财产、环境法律的定义、危险物质的定义及各子公司环境情况等。其四，环境法规及程序、遵守法规情况及与之有关的资本性支出金额、以往环保法规执行对公司收入和支出及竞争地区的影响、具体法规对公司的要求及责任、是否成为潜在责任方及对公司财务状况的运行、有关责任解决措施、补偿费用、已经支出金额和最终支出金额、是否已起诉和或有事项（金额）、环境考虑等。[1]

对于核设施营运单位这类重污染企业，在运行核设施的过程中，必须强制性公开的信息包括：企业环境保护方针、污染物排放总量与强度、企业环境污染治理、环保守法、环境管理，自愿公开的信息包括：企业资源消耗、企业环境的关注程度、下一年度的环境保护目标、当年致力于社区环境改善的主要活动、获得的环境保护荣誉、减少污染物排放并提高资源利用效率的自觉行动和实际效果、对全球气候变暖、臭氧层消耗、生物多样性减少、酸

---

〔1〕 焦若静："美国、日本两国企业对环境信息的披露"，载《世界环境》2001 年第 3 期。

雨和富营养化等方面的潜在环境影响。[1] 核设施的选址、建造中的信息公开在该阶段可能披露的空间不大，至于核退役，可以考虑针对其特殊性规定公开特定的信息。

总结而言，在核设施营运阶段，企业需要向公众公开的信息包括：行政许可文件中关于企业资格的信息、环境影响报告书或其他形式中关于企业正常经营过程对环境发生影响行为的信息。对企业员工而言，需要向其公开的信息还应包括辐射防护的内容。核设施营运单位应确保向每位员工发送注明本人年度辐照剂量的书面通知和报告，以及定期体检报告、辐射预防程序、企业环境安全状况等信息。

（三）核事故应对阶段的企业信息公开

我国《环境保护法》第31条规定："因发生事故或其他突然性事件，造成或可能造成污染事故的单位，必须立即采取措施处理，及时通报受到污染危害的单位和居民，并向当地环境保护行政主管部门和有关部门报告，接受调查处理。"该条规定了发生环境事故企业的信息公开义务。《环境保护行政主管部门突发环境事件信息报告办法（试行）》、《国家突发公共事件总体应急预案》则主要是从政府信息公开的角度进行规定。核设施利用过程中发生核事故，营运单位向主管部门进行信息报告是必然的强制性义务，这一点是毫无异议的，因此，核事故应对阶段主要需要讨论的是向公众公开信息的内容问题。

核事故的应对包括防范和处理两个层面，前者是指在未发生核事故时制定应急预案，建造应急设施，防患于未然；后者则指在发生核事故后采取的一系列处理措施和程序。

1. 核事故防范阶段。《放射性污染防治法》规定国家建立健全核事故应急制度。[2] 核设施营运单位方面，应当按照核设施的规模和性质制定核事故场内应急计划，做好应急准备[3]。《突发事件应对法》规定放射性物品等危险物品的生产、经营、储运、使用单位，应当制定具体应急预案，并对生产经营场所、有危险物品的建筑物、构筑物及周边环境开展隐患排查，

---

〔1〕 参见原国家环境保护总局《关于企业环境信息公开的公告》（环发［2003］156号）。
〔2〕《放射性污染防治法》第26条。
〔3〕《放射性污染防治法》第25条。

及时采取措施消除隐患，防止发生突发事件。[1] 据此，核设施营运单位应公开核事故应急计划的信息，内容包括：核事故应急工作的基本任务、核事故应急响应组织及其职责、烟羽应急计划区和食入应急计划区的范围、干预水平和导出干预水平、核事故应急准备和应急响应的详细方案、应急设施、设备、器材和其他物资、核电厂核事故应急机构同省级人民政府指定的部门之间以及同其他有关方面相互配合、支援的事项及措施。[2] 另外，核设施营运单位需要向公众公开用于核事故应急工作的设施、设备和通讯联络系统、辐射监测系统以及防护器材、药械等情况，以督促企业保障相应设施处于良好状态。

2. 核事故处理阶段。一旦发生核事故，核设施营运企业需要第一时间向附近居民单位公开事故信息，以保障公众及时采取防护措施。英国卫生与安全执委会（HSE）一项关于2001年《放射物管理条例（应急准备和公共信息)》的实施指南中规定，一旦被划定为辐射紧急区，这个区域内的运营者有责任通知该区域内的公众，而不论是否被要求提供信息。[3] 《国家核应急预案》对核设施应急状态做出了规定。核设施营运企业应向公众公开核事故应急状态等级、事故现状等信息，并需要启动临时环境报告，随时向公众公开最新的动态信息，包括核事故的起因、辐射范围、强度、已经采取的措施及拟采取的措施、已经发生的影响及可能产生的影响、已取得的实效、下一步处理措施、公众可以采取的措施、企业对公众保护的安排等信息。

六、核设施管制中企业信息公开的监督管理

（一）西方及我国企业环境信息公开监督管理现状

就企业环境信息的公开而言，尽管西方国家的环境信息披露起步较早，但仍处于不断探索、完善的过程中，还远远没有达到成熟阶段。问题主要体现在缺乏成熟的环境信息公开模式以及公开信息的真实性、及时性、全面性程度不高等方面。我国在企业环境信息公开方面较之西方还有不小差距，更需要注意暴露出的问题的解决。

---

[1] 《突发事件应对法》第23条。

[2] 《核电厂核事故应急管理条例》第13条。

[3] HSE: A guide to the Radiation (Emergency Preparedness and Public Information) Regulations 2001, Regulation 16 Prior information to the public, Article 400.

根据一项对2006年中国500强企业于公司网站公开环境信息的调研结果，反映出企业环境信息公开工作尚处于初级阶段，公开信息企业数量少、公开程度低；内容缺乏完整性、实用性；行业类型、企业所处区位以及企业规模对企业环境信息公开有着较大影响力。[1] 另一项由绿色和平组织中国分部发布于2009年10月13日的《企业污染物信息公开状况调查》显示：位列世界500强、中国100强的18家行业领先企业的25家工厂，因存在向水体中排放污染物超标的情况而被环保部门在网上公开，然而没有一家企业按照《环境信息公开办法（试行）》第21条规定的30天的时限公布污染物排放信息，[2] 企业环境信息公开现状令人堪忧。

通观西方和我国企业环境信息公开的现状，完善企业环境信息公开制度还需要更加有效的引导和监督管理。不同行业的信息公开水平不同，公开对象对不同行业的企业信息需求也不同，鉴于此，类似核设施利用等的核工业企业应当成为企业环境信息公开的重点和领头军。当然，核设施利用企业需要公开的信息不限于环境信息。

（二）核设施管制中企业信息公开监督管理的主要内容

根据现有的关于行业信息披露的立法，在监督管理部分主要规定的内容大致包括监督机构、管理制度、奖励与责任等。

1. 监督机构。目前我国核能利用由多部门监管，在职能划分与协调上还需要进一步的厘定。通观世界各主要核国家，大都亦是多部分综合监管的情况，关键在于职能的明确。以法国为例，其成立了核电信息透明委员会，向公众提供透明的核电信息是其专项职责。另外，法国颁布了核信息公开的专项法律《核透明和安全法》（2006－686号法），在信息公开的监管体制上是十分为人称道的。作为法国最大的电力营运商——法国电力公司多年来在公众沟通方面投入巨资，这与法国有效的监督管理体制是分不开的。因此，我国应当明确核信息公开的监督管理机构，保障执法的有效性。

2. 管理制度。核设施利用企业建立信息公开管理制度，并报核信息监管

[1] 吴玫玫、张振华、林逢春："基于Internet的企业环境信息公开评价及实证研究——对2006年中国500强企业环境信息公开度的分析"，载《中国人口·资源与环境》2008年第4期。

[2] "'沉默'的大多数——企业污染物信息公开状况调查（摘选）"，载《中国新时代》2010年第1期。

部门批准。核设施利用企业的信息公开管理制度应当包括：信息披露的内容和基本格式；信息的审核和发布流程；信息披露事务的职责分工、承办部门和评价制度；责任追究制度等。核设施利用企业信息公开管理制度的建立有赖于相关核信息立法的完善。

3. 奖励与责任。只有建立奖惩相结合的制度，才能促使作为商主体的企业在运用成本收益原则权衡时作出更利于社会公益的理性商行为。当核设施利用企业在核信息的公开方面出现不公开信息、公开瑕疵信息、公开缺陷信息、欺诈公开信息等情形时，应当承担相应的责任。对于责任形式，应以行政责任为主，包括责令限期公开、代为公开并予以行政处罚等。民事责任方面，应采用特别法定责任，〔1〕即明确规定一种独立的责任形式，当信息公开对象受到企业的违法公开信息行为侵害时，可以直接援引法律规定要求被告承担民事责任。出现依法需要承担刑事责任的情形则应依据相应法律处理。

七、结语

通过以上的论述可以发现，对于核设施管制中的企业信息公开问题，在抽象理论和具体法律上均可找到支撑点，这对进一步完善原子能领域的法律规范具有重要的理论和实践价值。但是，必须看到，现有的法律依据大都是环境法范围内的总括性规定，尚无针对原子能利用的专项规定。而且，原子能利用并不仅是环境领域的问题，内容十分广泛，仅凭环境法律规范并不能全面调整原子能的利用活动。就核设施管制的信息公开而言，环境影响评价阶段、核设施营运阶段，以及核事故应对阶段的信息公开可以依据的法律规范分散在法律、行政法规、部门规章中，在整体性、效力层级等方面的问题还亟待解决。

在原子能立法方面，可以考虑将核利用的信息公开问题在原子能基本法中加以原则性规定（包括政府信息和企业信息），之外订立专项信息公开的行政法规或者部门规章；或者在《环境信息公开办法（试行）》修订或在制定为法律时加以特别规定。

有关核设施管制中信息公开的规定，参照适用于核技术利用、铀（钍）

---

〔1〕 李玉梅、孙可兴：“我国企业信息公开法定民事责任制度的构建”，载《郑州大学学报》2010年第1期。

矿和伴生放射性矿开发利用、放射性废物管理等核管制活动中。

当然，企业信息公开同政府信息公开一样，并不是绝对的，需加以一定程度的限制，不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的信息[1]，不得危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定[2]。

---

〔1〕参照《政府信息公开条例》第14条第4款。

〔2〕参照《政府信息公开条例》第8条。

核污染民事责任国际立法趋向

梁茜琪[*] 陈鸿基[**]

一、背景

在日本福岛核电厂辐射污染事故发生前，核能界对核电厂再一次蓬勃发展以达至世界减低碳排放量的环保目标充满憧憬，有些国家正在大力发展新核电厂计划，以提高核能发电占国内电力供应之比率。其中包括：

（一）亚洲

中国正在建设的核机电组有28个，根据国家发改委的《电力产业发展政策》的指示，核电方针已由“适度发展”转为“积极推进”，目前可以说是中国核电发展的关键时期。日本已建核电反应堆55座，计划增加核能的使用使之占全国发电份额从2006年的30%增加至2020年的40%以上。韩国现有20个核能发电站，另有3座在建造中。印度是当前新建核电厂工程的带头国家，共有6座在建造中，计划使核能发电从现有的35%的份额提升至2050年的60%。

---

* 作者系中国政法大学全球化法律问题研究中心法学博士。
** 作者系中国政法大学全球化法律问题研究中心法学博士。

（二）欧洲

瑞典是欧洲其中一个发展核电的国家，但态度比较保守。1980 年曾下令禁止新核电厂的建造。这条法律现已废止，代之而来的是计划对现时国内的 10 座核电厂进行重建，使该国依赖核能供电不少于 50%。英国是老牌核电国之一，有 19 座核电厂正在运行，大部分比较老，多年来不鼓励核电之发展。至 2008 年 1 月，态度开始改变，批准了投资者应该有权在英国领土上新建核电厂的方案。无论从技术研究和批量生产来看，法国是世界上核电发展最具领导地位的国家，2005 年设计出 160 万千瓦的第三代核电机组 EPR（European Pressurized Water Reactor）在芬兰开始建造，这是自 1991 年以来西欧新建的第一座核电厂。

（三）美洲

美国有 104 座反应堆，提供该国电力 19% 的份额。过去三十多年皆没有批准建造新核电厂，直至 2007 年其核能管理委员会才首次发放新建核电厂场址许可证，估计申请新建核电厂的数目将会逐渐增多。加拿大有 18 座反应堆，提供该国电力的 16% 份额，也是在 2007 年，加拿大一家能源公司成功地申请了场址许可证，准备建造一座新核电厂。

（四）其他地区

俄罗斯有 31 座反应堆，在建的有 7 座。俄罗斯的核电工业正在扩展中，准备向世界各国提供包括出租燃料、出租反应堆及后处理核燃料的综合服务。2010 年俄罗斯与土耳其签署协议，由俄罗斯一家公司为土耳其建造第一座核电厂。

1997 年以前有两大国际公约为国际间就核事故向公众承担民事责任的管理制度提供了架构，同时亦提供了一些核心原则，为国际间达成共识提供了基础。它们是 1960 年 OECD 的《巴黎公约》（Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy）和 1963 年 IAEA 的《维也纳公约》（Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage）。1988 年的一份联合议定书（Joint Protocol）把两大公约联合在一起。其后于 1997 年及 2004 年，两大公约分别公布修正的议定书。自 1960 年至今 50 年期间，这两套法律文件亦伴随着核电工业的发展不断地演变和成长。虽然两个公约的缔约国数目很少，但无可否认其对国内立法和跨国民事责任的管理有很大的指导作用。

本文将探讨该两个公约的核心原则，缔约国的遵循程度，非缔约国的借

鉴程度，以及一些改革意见和立法趋向。最后的结论是只要国际公约逐渐完善和国内立法到位，核污染意外事故不应妨碍核电工业的发展。

二、核心原则

该两大公约的内容反应了下列的法律概念和核心原则：

1. 承担责任者。任何在核电厂或来往核电厂运输放射性物质途中发生意外导致死亡，受伤或财产损坏的皆由核电厂经营者独自承担责任，不管经营者本身是否犯错或是否疏忽，赔偿责任仍会追溯至核电厂经营者身上。2004年修订的《巴黎公约》将赔偿类别扩大，增加的类别有：

（1）因死亡、受伤或财产破坏带来之经济损失。

（2）环境遭破坏后进行修复的费用。

（3）环境遭破坏后直接引起的经济损失。

（4）预防措施的费用。

2. 赔偿金额。核电厂经营者的赔偿责任设有上限。根据2004年修订的《巴黎公约》（包括其辅助的《布鲁塞尔公约》），如果赔偿额超过该上限，余额由该国政府及公约所有缔约国联合分担。

3. 索偿期限。索偿期是有限制的。一般来说是10年，即有权要求赔偿者如果在意外发生后10年内不提起诉讼的话，其索偿权就消失。不过，个别国家可自行立法延长索偿期，尤其是人身受伤的索偿期限。

4. 强制性财保。核电厂经营者必须按其国家的规定购买保险。如有保额不足的情况，个别国家可决定由政府从公共财政中拨款填补，日后可以向该经营者追讨。

5. 法庭审判权。索赔者只能在核事故发生的国家的法庭提起诉讼。修订的《巴黎公约》索赔者身份扩大至非缔约国人士，但先要满足下列其中一个条件：

（1）诉讼者的国家是《维也纳公约》和《联合议定书》的缔约国。

（2）诉讼者的国家国内没有核电厂。

（3）诉讼者的国家的国内立法所根据的原则与《巴黎公约》相似。

三、遵循程度

1997年修订后的《维也纳公约》要求核电厂经营者的最高赔偿金额定为不少于3亿特别提款权SDRs（Special Drawing Rights）（相当于3亿6000万欧元）。其缔约国之一的斯洛文尼亚于1998年4月通过自己的和平使用核能法

案，其中将经营者最高赔偿额定为20亿斯洛文尼亚克朗，该货币现在已非官方货币。另一缔约国乌克兰于1996年参加《维也纳公约》，当时它所订立的经营者赔偿金额的上限只是1亿5000万特别提款权（SDRs）（相当于1亿8000万欧元）。

2004年修订后的《巴黎公约》大幅地提高了最高赔偿金额，合计共15亿欧元，其中分为三个层次：

第一层次：由核电厂经营者负担，最高赔偿额为7亿欧元。

第二层次：由核电厂所在的缔约国政府负担，最高赔偿额为5亿欧元。

第三层次：由所有缔约国按各自拥有核电厂数目和发电量的比例集资成立赔偿金库，从该金库拨款的最高赔偿额为3000万欧元。

《巴黎公约》缔约国中的德国和瑞典将第一层次经营者的上限撤除，即没有最高赔偿额，经营者面对的是无限赔偿责任。另一缔约国英国在遵循中亦对赔偿方式提出了更改。英国政府于2011年1月的公众咨询文件中建议英国核电厂经营者的赔偿上限定为12亿欧元，这是针对标准模式的核电厂的上限，对低危险度的核电厂和运输公司所设的上限会较低。英国政府认为公共财政不应用来承担第二层次的赔偿责任，所以应由核电厂经营者包揽第一层次（7亿欧元）和第二层次（5亿欧元）的赔偿金额，合计共12亿欧元。

四、借鉴程度

奥地利没有参加两大公约，它与丹麦、爱尔兰等国家一直反对发展核电工业。1986年切尔诺贝利核电站灾难发生后，奥地利发觉原来1964年的立法所提供的保障远远不够，于1998年通过了新法案，名为《辐射破坏民事责任联邦法》（Federal Law on Civil Liability for Damage Caused by Radioactivity）。除了核电厂经营者需对核事故引致的破坏负上无限责任之外，另一突破点是对“经营者”的真实身份的界定。基本上经营者就是持许可证的公司，但是为了不让控股公司逃避责任，该法案的第2条规定，任何有权控制核电厂，及实际上或合法地能从核电厂谋取利益者皆算是“经营者”，因而需要负上赔偿责任。此举是为了刺穿公司面纱，令一些大公司不能利用子公司的低保额来逃避责任。此外，该法例亦借鉴了两大公约的指引，将核电厂安全的保险责任大幅度地移向核工业而非国家。该法案的第6条规定，核电厂经营者最少要买56亿奥地利先令（相当于4亿欧元）保险，比《维也纳公约》所规定的3亿6000万欧元还要高。奥地利国会表示不是永远不参加国际公约，而是要看

国际立法的演变，如果改良程度足以为核事故提供足够保障的话，奥地利亦会参加公约。因此该国准备积极地参与国际间有关核电厂安全及赔偿责任的讨论，借以支持尽快建立完善的跨国管理制度。

美国是最早就核事故立法的国家。1957 年它建造了世界上第一座压水堆核电站，也是当时世界上最大的核电站。同年它又通过了世界上第一套核能责任法律——《普莱斯 - 安德森法案》。美国一直靠这套法律来解决在美国发生核泄漏意外事件的索偿问题，从来没有加入任何国际上相关的公约。这套法律于 2005 年被更新，可能亦曾借鉴国际公约里要求行业自负的趋向。更新的内容里包含了经营者须购买两层保险的要求。第一层是每个核电厂经营者需向商业保险公司购买最少 3 亿美元的保险，第二层是所有美国核电厂经营者联手摊分可能发生的赔偿责任，每反应堆负责的摊分额为 0.96 亿美元，可分期缴付，每年付 0.15 亿美元，以美国现有 104 个反应堆计，累积的准备保险金额高达 USMYM10bn，即 100 亿美元。

五、改革意见和立法趋向

两大公约的缔约国数目不多，1988 年联合议定书的成员国更少，反映出公约内容确实有很多不完善之处。改革意见中主要围绕着以下几个要点：

第一，经营者承担无限责任：赔偿金额不应有上限，而且经营者应负上绝对责任（Strict Liability），即不管是否他人有错，经营者都是责任难逃。

第二，核意外事故重新定义：核意外不单指发生在核电厂和放射性物质运输途中的意外，还应包含核电厂功能解体过程和核材料、后处理工厂中可能发生的意外事故。

第三，扩大核破坏之赔偿类别：增加的类别包括赔偿经济损失，赔偿环境遭破坏的修复费用，赔偿设立预防性措施的费用。

第四，延长索偿期的期限：10 年期限太短，应予以适当地延长，尤其是身体受伤的索偿者。有些辐射引致的疾病可能在一段长时间后才显现，因此索偿期限延长至 30 年也不为过。

第五，审判权保持中立：应设立中立法庭，索偿者应可用自己国家的法律来指控经营者，要求索偿者承担举证责任的规定要公正，并且应放宽诉讼人身份合资格的条件，令更多人有权提起诉讼。

上述的改革要点与两大公约的基础内容比较接近，不足为奇。近年来出现了一个有别于这些基础内容的新改革焦点，更为引人注目，这就是核能科

技人员严重缺乏，直接影响核电厂之安全操作，是必须为立法者所正视的迫切问题。数天前日本福岛核电站经营者东京电力公司的副董事长公开承认这次事件是人为错误，日本国内评论亦直指造成这么大损害的一个重大原因是事故刚开始时估计不足所致。整体看来，该核电厂的科研和工程人员之能力不足应该为此事故负上责任。不过这个问题已不单是在日本，在多个国家亦有出现，就连法国这个核电大国亦正面临着这方面科技人员缺乏的危险。2008 年一份以法国核电为题的报告书中指出法国电力公司（EDF）中负责设计、建造和操作核电厂的科学家、工程师和技术人员已垂垂老矣，他们之中的40%于2015 年将会退休，但是新一代人员却补充不上。自2008 年起，EDF 想每年招聘 500 个工程师。问题是获聘人士之中很少有真正受过核能科技训练的，因为法国原子能委员会（CEA）附属的工程学院每年只有 50 个核能专科毕业生，其他工程院校培养的毕业生不能达致他们的要求。法国共有 58 个反应堆，有些核电厂更形容招聘情况令人失望，他们的招聘广告刊登后，竟然无一人来应聘。

面对这种困境，欧盟于 2009 年 6 月发出一个新指令（Council Directive 2009/71/Euratom），其中特别强调成员国国内核电厂持牌人需维持足够的人力资源来履行有关保证核电厂安全的义务（第6条）。此外，针对核能安全的专门知识和技术水平问题，欧盟要求成员国国内监管当局对各方参与核能设施的机构就教育和培训方面有所安排以保证有关核安全的知识和技能得以进一步吸收和发展（第7条）。因此，尚未立法的国家应当在发牌制度上特别注意科技人员配备的问题。过去比较侧重的是持牌人财力的评核，假如赔偿金额越来越获得商业保险公司承保的话，财力问题其实是比较容易评定的，反而是人力资源是否足够，科研和技术水平是否达标，这类问题更应该深刻地反映在发牌审核制度之上，受到法律之严格监管。

在科技进步和经济效益的带动下，核电生产过程之分工亦变得复杂化，核电厂只是整个核电生产过程中的一个环节，在过程中其他含有放射性物质的设施和装置皆有意外发生的可能，因此法律应给予“核电厂”一个新概念。此外，在今日资讯发达，媒体影响力巨大的年代，公众的知情权比过去大得多，核能发电的操作是否安全不单只看意外发生率，亦要看预防意外和善后处理的能力。法律若能对履行这些核能安全义务给予清楚的界定，在媒体分秒必争、实时监察之下，公众会感到受保障程度随着透明度增加而提高，对

核意外的疑虑亦会减轻。上述欧盟的2009年指令对“核设置”（nuclear installation）和“核安全”（nuclear safety）这两个词组注入了一个较全面的定义，笔者认为它们的清楚界定能起到减轻公众疑虑的作用，非常值得国际和国内立法参考。其中的第3条第1款规定“核装置”是指改进厂、（enrichment plant）核燃料制造厂、核电厂、再处理厂、研究反应堆设施、乏燃料储存设施和所有放射性废物的厂内外处理设施。第3条第2款规定“核安全”是指能做到操作情况恰当，意外发生得以防止，意外造成的破坏得以减轻，使工人和公众在核设置发生辐射污染的危险中受到保护。

六、总结

2011年是切尔诺贝利核电厂发生灾难事故25周年，乌克兰政府较早前公布该厂的防护罩需要立即维修，否则仍有泄漏辐射的危险。再加上一个月之前发生的日本福岛核电厂事故，令多个国家宣布暂停原来积极发展的核电厂计划或予以重新考虑。笔者认为，在21世纪的今天，面对环境污染和能源短缺等日趋严重的问题，作为清洁能源之一的核电的发展势头不应该因有意外发生而掣停，否则人口不断膨胀的人类很难在这个资源有限的地球继续生存下去。其实过去50年可证明公众对核电厂意外的担忧似乎是有些过虑。首先是意外发生率十分低，其次是核能科技越来越进步，可以说现时的技术已无需有巨大突破就能满足核电厂大规模发展和安全保证的需求，这是人类为应付艰难生活发展智慧过程中的一种进步，放弃核能发电就等于是人类发展历史上的一种倒退。法律要发挥其平衡社会各方面利益的功能，所以核电的立法必须要找到一个平衡点。数十年前核电工业在起步阶段时，获得政府财务政策支持和获得国家包底赔偿之类的立法已显得过时。随着核电工业发展成熟，核电厂经营获利，甚至是巨额盈利，在这种情况下，立法上应向公众的利益倾斜，即需要加重对经营者安全保证的标准并对赔偿责任的承担提出更高的要求，令公众感到保障程度获得提高，这样才会对政府发展核电作为长期使用之计划予以支持。

中国至目前为止，虽然没有加入任何与核能发电相关的国际公约，但国内立法的呼声是越来越迫切。原因除了国内核电厂数目越来越多，规模越来越大，需要立法监管之外，更要考虑到在经济全球化的形势之下，越来越多中国企业在外国发展，一旦外国发生核意外令中国企业利益遭受损害时，国内立法将对他们提供一定的保障。以《巴黎公约》提出的扩大索赔者资格为

例，假如中国国内有关核电厂安全和民事赔偿责任的立法能与国际立法接轨，中国企业亦有资格在当地提出赔偿的要求。所以本文的结论是只要国际公约和国内立法能逐渐完善，核污染意外事故的发生不应妨碍核电工业的发展。

核电发展进程中核安全监管的立法问题之反思

赵俐*

持续了一个多月仍聚集了全世界目光的福岛核泄漏事件，成为引发多国重估核能建设安全性的重要契机，各核工业发展大国重新审视自身的核电战略，审慎评估核电安全问题。同样，福岛核危机也在警示中国，核能安全的问题也引起国人的关注，不少民众对我国核安全的质疑声不断涌现，引发专家学者反思长期以来快速发展的核电事业背后被忽视的核安全隐患。3 月 16 日召开的国务院常务会议也明确，要立即对我国的核设施进行全面安全检查，同时将严格审批新上核电项目。据有关报道称，本次日本核泄漏后，中国进一步重新审视遍布全国的核电计划，所有已经运营、在建和筹建的核电项目均将迎来一次彻底的安全检查。目前 13 个运营核电机组，近三十个在建机组和九十多个筹建机组即将面临环保部的（国家核安全局）安全检查，这将涉及数千亿人

---

* 作者系新疆财经大学法学院副院长，副教授。

民币的核电投资。中国核安全监管部门——环保部核安全司副司长俞军表示，“环保部和国家核安全局，正在紧锣密鼓的制订方案，马上启动为期数月的核电大检查。”近几年，我国核技术在工业、农业、医疗卫生、公共安全等领域应用越来越广泛，随着核能和核技术的广泛开发和利用，涉及的核安全和放射性污染防治问题越来越突出，但国内核电法律法规体系却不健全，尤其是缺乏核领域的基本法。核安全监管立法的缺失，必会影响到我国核电事业的发展和公众的生命健康和财产安全。

一、核能广泛应用的必要性思考

核能应该是20世纪人类的一项伟大发现，并已取得了十分重要的应用成果。1942年12月2日，著名科学家费米领导几十位科学家，在美国芝加哥大学成功启动了世界上第一座核反应堆，标志着人类从此进入了核能时代。[1]当核能进入人们的生产和生活后，一种通过原子核变化而产生的新能源从此诞生。20世纪的“石油危机”使人们广泛地意识到能源短缺与利用问题，基于对短缺能源使用的危机意识，世界各国都在研发寻找替代新能源，当前，世界上的主要能源是煤、石油、天然气这些化石燃料。化石燃料属不可再生能源，并且燃烧化石燃料向大气排放大量的“温室气体”二氧化碳、形成酸雨的二氧化硫和氮氧化物，并排放大量的烟尘，这些有害的物质对环境造成了严重的破坏。核能不产生这些有害物质。[2] 目前，核能是达到工业应用、可以大规模替代化石燃料的能源之一，核能给人们带来的效益是各方面的，核能是地球上储量最丰富的能源，又是高度浓集的能源。以核燃料代替煤和石油，有利于资源的合理利用，所以，核能以其它能源无法取代的优点受到世界各国的青睐。现代电力工业的发展状况是一个国家是否发达的重要标志之一，而核电技术的发展程度则在一定意义上反映了该国高新技术水平的高低。科学家们认为核电是清洁的能源，有利于保护环境，与传统的火力发电相比，核能发电有如下优点：①核电比火电安全：随着核能技术的不断进步，其安全性大大提高。核电能的事故率远远低于火电。②核电比火电经济：一座100万千瓦的核电站，每年补充30吨核材料，但同功率的火电站，每年需消耗300万吨煤或200万吨石油。煤炭、石油都是不可再生的一次性能源。

---

〔1〕 中核网：核电科普知识，访问时间：2011年3月19日。

〔2〕 马翊泉、耿庆云：“核能：不可或缺的替代能源”，载《中国环境报》2003年7月。

核电虽然一次性投资大、建设周期长，但从长远看，经济效益还是优于火电。③核电比火电清洁，对环境污染小：据测算，全世界的核电站同燃煤电厂相比，每年可为地球大气层减少1.5亿吨二氧化碳、190万吨氮氧化物和300万吨硫化物。核电站不排放任何有害气体和其他金属废料，放射性物质对周围居民影响也比煤电少，以核发电最发达的法国为例，1980年核电比是20%，1986年上升到70%，在此期间发电总量增加了40%，而排放的二氧化硫减少了56%，氮氧化物减少了9%，尘埃减少了36%。[1] 所以，核电因为它的安全性、运行稳定、对环境的影响小等优点成为重要的能源支柱之一。

当前，世界各国均在积极制定本国的核电发展战略，据国际原子能机构2011年1月公布的最新数据，目前全球正在运行的核电机组已经达到442个，还有正在建设的核电机组65个，核电发电量约占全球发电总量的16%。至2010年底，全球已经有六十多个国家提出了发展核电的计划，中国也早已发布了核电发展长期规划。自从2007年国家发改委发布《核电中长期发展规划(2005～2020)》以来，我国核电事业进入了较大发展阶段。按照这一规划，到2020年，我国核电运行装机容量争取达到4000万千瓦；核电年发电量达到2600至2800亿千瓦时。这就意味着，在目前在建和运行核电容量1696.8万千瓦的基础上，新投产核电装机容量约2300万千瓦。迫于全球温室气体减排的压力，2009年10月，发改委副主任、国家能源局局长张国宝将4000万千瓦这一数据再次做了刷新，他表示，"在全球关注减少温室气体排放的背景下，国家目前正在研讨是否需要修订原定2020年达到4000万千瓦的目标"。因此，有专家透露，2020年，我国核电装机容量有望突破7000万千瓦，几乎翻了一倍。[2] 正因为核能发电只需消耗很少的核燃料，就可以产生大量的电能，而且核能发电是干净、无污染，几乎是零排放的优势，对于既要增强能源安全，提高应对低能能源危机的能力，同时又要增强参与核能国际市场竞争的能力，保障国民经济的可持续发展的中国，核能是最为理想的选择，战略地位十分重要。因而核电成为我们必须的选择。

---

〔1〕 能源馆：《中国科普博览》，www. kepo. net. cn.

〔2〕 法制日报对北京大学核科学与技术研究院核政策与法律研究中心主任的著名环境法专家、北京大学法学院教授汪劲的采访，2010年8月5日。

二、福岛核泄露的警示——核安全的反思

日本福岛核泄漏事故发生后，全世界对于核电安全性的关注度越来越高，例如德国已经宣布放弃核电的发展。核电的安全性到底有多大，这是未来全球产业发展中需要考虑的。此前认为核电是最具有安全性和经济性的清洁能源，可以替代传统能源，但是经历此次事件后，人们不得不重新思考这个问题，未来是否应继续将核电作为清洁能源来大力发展？

1988 年苏联切尔诺贝利核泄漏事件是迄今为止最为严重的核灾难，该事故造成欧洲受核污染的区域超过 20 万平方公里，大量的放射性核素碘 - 131 和衰变期很长的铯 - 137 通过空气的流动扩散，严重污染了空气、土壤和河流，破坏了自然环境以及生态系统。尽管事故直接造成的死亡人数只有 28 人，但该事故的最终受害者总计达 900 万人。人们通常认为切尔诺贝利事故是由设计问题引起的，但它确实表明了核事故的严重性。化石能源的影响属于常规性影响，其影响具有可预见性和可控性，而放射性物质对人体与整个生态系统的影响具有不可预见性，既可以致残、致癌，也可能造成基因突变甚至是新物种的产生。[1] 核能的巨大杀伤力使人们置疑自身对其的控制能力，这种阴影在核能民用过程中仍然挥之不去。无论是核利用过程中的核辐射，还是后期的废料处理，核能利用留给人们的第一印象总是核辐射带来的灾难。但是任何能源利用都存在风险和问题，我们需要做的是预防风险、发展技术，进一步提高和平使用核能的安全性，从全面的角度认识核能的清洁特性，同时也绝不应该回避其潜在的危险。学者们分析说不管是美国的三里岛事件、苏联的切尔诺贝利核泄漏事故，还是此次的福岛核事件，每一次核泄漏事故对全球的核电发展都是一把双刃剑。一方面，放射性废物的处置和核电站自身的安全问题，被核电反对者提出最多。另一方面，支持核电发展的专家也在加紧研究如何提高核电站的安全性，以及核废料的处理问题，随着各类技术的进步，核电站的寿命也从过去的 40 年提高到现在的 60 年。[2] 近日，国家环境保护总局核环境与辐射环境管理司原司长赵亚民在接受中国青年报记者采访时说，我国目前运行的 13 台核电机组都很年轻，当时是经过

---

〔1〕 张永胜："关于发展我国核能的现实思考"，载《人民论坛》2010 年第 23 期。

〔2〕 核安全专家："发展核电：安全性被优先关注"，载《中国青年报》2011 年第 3 期，第 5 版。

严格审批的。从最新监测数据来看，运行状况都正常。人们现在担心的恐怕还是以下几点：一是我国目前仍在运行的核电厂和其他核设施潜在风险始终存在，一旦发生泄漏或事故，造成放射性污染，将危及周边广大范围内的生态环境安全和公众健康；二是，因放射源丢失导致的放射性污染事故时有发生，造成人员伤亡和局部环境受到放射性污染；三是，铀（钍）矿和伴生放射性矿开发利用污染问题仍然严重。因为媒体报道无良商人使用伴生放射性矿渣和含放射性物质的石材做建筑和装修材料事例频频见报，日益引起公众的关注；四是放射性废物大量增加对环境构成潜在威胁。有学者分析，尽管国家制定了《放射性污染防治法》这一废物处置政策，但是缺乏强制性的法律和措施，致使放射性废物处置监管不力，对环境和公众健康仍构成潜在威胁。同时，日本福岛核电泄漏事件也在提醒我们，有很多意外因素，是当初设计时考虑不到的，现在运行和在建的核电站，都有必要重新对影响核电站的各种不利因素进行审视，不能抱有任何的侥幸心理。理论上说10万年才发生一次的事故，其实几十年间大小事件就已发生十多起。对待核能存在的问题，盲目乐观固然不可取，但因噎废食则属不智。

因此，中国核电加快发展是必要的，也是可能的，但前提一定是确保安全。在今后的发展中，一定要对自然灾害的预防级别、抗震水平、应急措施等设置采取更为谨慎而苛刻的安全保障。核电设施也要做出更加安全周到的考虑，建设施工单位要严格遵守规章制度，严格遵守操作流程，确保核电工程质量安全。核电运营单位也要确保定期对核设施进行全面细致的检查，核电设施经过常年运行之后，一些核反应堆以外的构件的可靠性更值得格外关注，只有这样才能保证核电站平稳安全运行。

三、核安全监管立法的缺失是核电事业发展的隐患

法的本质属性并不在于其作为形式上的一种规范本身，而在于法律的实施效果。伯尔曼认为“法律不只是一整套规则，它是人们进行立法、裁判、执法和谈判的活动。它是分配权利与义务、并据以解决纷争、创造合作关系的活生生的程序。”[1] 应对我国的实际也就是说，在一个行业发展之初，就应该有一部基本法来对它的发展进行规范和指导。中国作为国际原子能机构的成员国，已是世界上核电在建规模最大的国家，但政府在监管核安全方面

---

〔1〕［美］伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，中国政法大学出版社2003年版，第11页。

的基本法律却长期缺位。这将难以保证在利用核能造福人类的同时，把其危害性降到最低。核安全是安全的一个特定领域，对象是核能的利用，目标是使得放射性释放的潜在风险可控，核电由于其本身带有的潜在放射性向外释放的风险，其安全问题备受关注，所以安全必须排在第一位。重大核事故一旦发生，其影响范围之广和持续时间之长以及可能造成的人财损失之大，远非其他工业事故所能比拟。一般的工业安全事故，影响的范围通常是较小的可及时控制的。而核事故影响的地域范围却以几公里、几十公里计，动则涉及上万人，甚至会跨越国界，造成国际影响，持续的时间甚至会长达几十年、上百年。正是由于核事故潜在的风险非同小可，决定了世界各国的民用核设施无一例外地把保证核安全放在高于一切的位置，无一例外把法治保障放在首位。国际上所有发达国家、绝大多数发展中国家都有《原子能法》、《核安全法》和类似于《核安全法》的法律。哈耶克曾指出："法治就是指政府在其一切行动中都受到事前规定并宣布的规则的约束——这种规则使得一个人有可能十分肯定地预见到当局在某一情况中会怎么样使用它的强制权力，和根据对此的了解计划它自己的个人事务。"[1] 当前核电安全的压力和挑战越来越强烈，这意味着政府部门必须加强对核电的有效监管。把核电安全的技术、管理和监督工作放到首位，制定有效并具有强制力的核电营运规则。而政府介入社会生活必须具有合理性和正当性，这个合理性和正当性获得的路径是法治。我国核安全监管立法的缺失，在某种程度上制约了我国核电事业管理体制的建立，致使政府各部门的职责分工不明、政府与企业单位责权利不清，影响到核设施安全监管的有效性。

目前，我国有关核能的法律只有一部，即《放射性污染防治法》，另外还有《民用核设施安全监督管理条例》、《放射事故管理条例》、《放射性同位素与射线装置安全许可管理办法》、《核电厂核事故应急管理条例》等8部行政法规。关于核能安全规定、管理条例细则、技术性标准等具体问题都是以部门规章的形式规定的，而这些更多只是有推荐性质的指导文件和参考文件，层级太低，并且是就某一方面急需的管理内容而制定的。[2] 虽然我国核技术

---

〔1〕［英］哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅等译，中国社会科学出版社1997年版，第73页。

〔2〕《原子能法背后的利益博弈》，4月7日，在深圳举行的2011年中国核能行业协会年会上，专业人士和业内人士如是说。

不比发达国家差，但是在核能法律体系建设方面却非常薄弱。就整个核安全立法体系而言，由于基本法律的缺失，尽管我们立了很多行政法规和部门规章，但基本问题并没有得到切实解决，基本原则没有明确，这与我们的核电发展规模和势头是不相符的。基于可持续发展理念理性的看核安全，我们不但需要制定基本法，也需要修改或者增设配套的法律。未来十年是中国核电事业快速发展时期〔1〕，在核领域基本法处于空白的状态下，政府对核电监管必然是无法可依，影响未来我国核能发展，并会成为未来核电事业的隐患。

四、结论

科技的发展改变了人类的生活。它使人们更好地享受美好生活的同时，也给人类带来了噩梦。新能源的利用如若处理不当，会给人类自身和自然环境带来巨大的伤害和污染，这是可预测的。但人类又不能因有风险就停滞不前、不求发展，因而回归饮血茹毛。因此，“在未来相当长的时间内，无论是世界还是中国，都存在着可再生能源的比重难以决定性地替代传统能源的问题，这被称为当前的能源转换鸿沟。”〔2〕核能发展充满了各种已知的和未知的风险，应对这些问题需要我们的知识储备和人才储备。从国家战略而言，在发展核能问题上不能急躁冒进，而应稳步推进。

（一）制定基本法，明确监管主体的责任

通过立法确立核事业在我国经济社会发展中的战略地位，明确核事业的管理体制和监管主体的责任，确保和平利用核电，强化核电经济性向安全性转变的基本原则，牢固树立安全第一的理念。当前的核安全立法体系中，已有的责任条款基本都是针对核设施营运人及其工作人员，而对监管机构自身应负的责任没有规定或规定较少。监管部门权力过大，也是行业发展的隐患，必须立法明确监管主体的责任。同时，要完善相关管理法规，确保核电站的安全运行，确保核废料的安全处置。

（二）通过立法统一核电监督管理机关

尽管我国有好几个部门涉及核电监管，但因权力分散，部门与行业的条块管理，在核电与原子能法缺失的状况下将直接影响国家统一、规范地对核

---

〔1〕中投顾问能源行业研究员周修杰接受记者采访时表示，未来10年将是中国核电快速发展的黄金期，因为要在10年内完成50年发展总和的8倍。

〔2〕诸大建：“大都市低碳发展的战略思考”，《新闻晚报》2010年9月5日，第9版。

电发展实行全方位监管，不利于工作开展。在多头管理、职能交叉的管理体制下，存在的潜在危险是会出现有利益时争着管，一旦发生核污染时又相互推诿的情况，责任追究无法实现。应该通过立法确定由一个独立于其他各类主体的国家统一机构来进行安全监管。

（三）加强科普宣传和人才培养

核电是高科技产业，自主发展核电是一个国家综合实力的体现。核电要越来越安全，越来越经济，科学技术是保证。现在最值得关注和加强的，就是培养大批专业人才的问题，要避免由于人员经验不足导致事故发生的情形。中国是以煤炭为主的能源消费大国，也是世界上最大的发展中国家，中国不仅需要核能，为占世界近五分之一的人口生存发展提供清洁的电力，也需要核能帮助推动科技创新、产业升级与经济发展方式的转变，这是我们必须的选择。问题是我们应该怎样普及这样的知识，帮助大众解决最基本的疑惑，消除人们对核电存在的畏惧心理，避免因为无知而引起的群众性恐慌，并且能够在事故发生之前就做好应急准备。

总之，在当前形势下，不管有多大的困难，都应尽快出台《原子能法》或相关法律，以解决核领域基本法处于空白的状态，政府对核电监管的无法可依，应急方案及措施不得力，责任不明确，救济方式单一等事由，防止因此影响未来我国核能事业的发展。

浅析核损害民事责任制度

潘婧*

一、核损害及其民事责任制度

世界上找不到没有风险的能源，在石油、煤等化石能源逐步减少的大背景下，核能源仍然是目前最具有潜力的清洁能源，但是，核安全始终是人类社会无法回避的问题。1986 年 4 月 26 日，当时世界上规模最大的核电站——苏联切尔诺贝利核电站的 4 号反应堆发生爆炸，导致 8 吨多强辐射核燃料泄露，产生的放射污染相当于日本广岛原子弹爆炸产生的放射污染的 100 倍，核电站周围 6 万多平方公里的面积遭受直接污染，7000 多人死亡，320 多万人受到辐射（另有说法认为此事故造成 20 多万人伤亡，500 万人遭受核辐射，20 亿人口受到影响），[1] 酿成人类历史上最严重的核泄露事故。根据国际原子能机构（IAEA）的国际核事件分级表（INES）的规定，国际核安全和辐射事件等级共分为 7 个等级，切

---

* 作者系华北科技学院讲师。

〔1〕 绿色和平组织称切尔诺贝利核泄漏危害被低估 10 倍，白俄罗斯国家科学院研究报告称全球共有 20 亿人口受切尔诺贝利事故影响。

尔诺贝利核事故为7级核事故，即最严重的核事故。此次核事故除了给前苏联国民造成了极其严重的不利影响外，事故产生的放射性尘埃回降也影响到了大部分欧洲国家，造成了重大的跨界损害，包括因污染的食物和动物所产生的巨额经济损失以及欧洲各国政府采取疏散居民等预防措施的费用等。时隔25年后的2011年3月11日，日本福岛发生了里氏9.0级的强烈地震并引发海啸，造成了重大人员伤亡和财产损失，福岛第一核电站也在地震中受损并引发核事故。[1] 日本福岛核事故不仅给本国民众带来了严重灾难，对本国有深远影响，泄漏的放射性物质还随风跨海，把欧美亚多国变成了“辐射区”，更令人担忧的是核事故对大气、海洋、食物链、生态环境的影响也许未来数年都不会根除。福岛核危机又一次告诉世人：核损害带来的后果远比人类所能想象的危险，核安全永远是人类和平利用核能过程中的最重要一环。

（一）核损害及其危害

1. 核损害的定义。核损害是环境侵权行为的一种。根据1963年《关于核损害民事责任的维也纳公约》和1997年《核损害补充赔偿公约》的规定，“核损害”系指：“生命丧失或人身伤害；财产的损失或损害；经济损失，条件是有资格对所述损失或损害提出索赔的人员遭受了此种损失；受损害环境（轻微者除外）的恢复措施费用；由于环境的明显损害所引起的收入损失，而这种收入来自环境的任何利用或享用方面的经济利益；预防措施费用以及由此类措施引起的进一步损失或损害；环境损害所造成的损失以外的任何其他经济损失。[2] 广义上的核损害，是指人类在和平或非和平开发利用核能的活动中，由于辐射源或核材料的放射性，或由放射性与毒性、爆炸性或其他危险性相结合所造成的人身伤害、财产损失以及环境污染和破坏。”国际核责任公约对核损害界定的范围呈现逐步扩张和细化的趋势，尤其注重对环境的保护，这同时也充分反映了国际社会在环境保护领域的利益一致性以及加强环境保护合作的时代潮流。本文所指的核损害是指人类和平利用核能时，核设施在运行中发生核事故，从而对人体、财产和环境等所造成的损害。

---

[1] 起初日本政府将此次核泄漏事故定为国际核事件分级表中的4级，即造成“局部性危害”，随着事态的发展，经过两次调整，将福岛第一核电站事故等级最终定为最高级7级，与苏联切尔诺贝利核事故等级相同。

[2] Article I (1) of the 1963/1997 Vienna Convention.

2. 核损害的危害。核损害是一种严重危害，与其他损害相比，具有危害更大、范围更广、后果更为严重的特点。在核活动中，核设施中存在的辐射源，包括核燃料、核材料、放射性产物或废物发射出能量极高的电离辐射。高剂量率、大剂量的全身照射或局部组织照射，可对人体和生物体引起确定性效应，导致急性死亡；低剂量率、小剂量的长期照射则可能诱发癌，或造成受照者生殖细胞损伤而产生某些遗传效应。[1] 核设施的极度危险性还在于一旦操作者失控，将导致放射性事故与爆炸性事故的叠加，严重时可能造成整个地区的人类、生物和生态环境的重大损害。核损害具有典型的"长尾特征"，损害后果可长达几十甚至几百年，切尔诺贝利核电站事故后为防止核辐射所修筑的石棺，近期开始泄漏辐射，各国已经出资进行修建，有专家称消除切尔诺贝利核泄漏事故后遗症需800年。核损害导致的经济损失巨大，切尔诺贝利核事故的善后处理费用超过30亿美元，福岛核电站事故赔偿额将以万亿日元计（约百亿美元）。

正因为核损害具有如此严重的危害，核损害民事责任制度始终是国际社会高度关注的问题。"在可能对环境和人类健康造成最严重损害的两个领域：原子能生产与海洋石油运输，国际社会已经制定了赔偿规则。"

（二）核损害民事责任制度

核损害民事责任，又称核损害赔偿责任、核损害责任，是指核设施发生核事故造成核损害时，核设施经营人所应承担的赔偿责任。由于这种责任主要是针对核设施经营人以外的第三人的，故又称为第三方核责任或核损害第三方责任，这个表述来源于保险业的第三方责任保险。从国际和国内法律的完备性角度看，建立健全核损害民事责任制度对核工业的健康发展无疑具有非常重要的意义。

1. 责任主体。在核损害这种侵权行为中，加害人是核设施的营运人，受害人是指遭受了核损害的"人员"。包括自然人、合伙人、法人、非法人组织或团体、依据装置国的法律享有法人资格的国际组织以及国家或国家部门。在核损害造成的民事责任中，责任主体是特定的，实行惟一责任或责任集中的原则，将核事件的责任全部归结于核营运人，其他任何人包括制造商或供

---

[1] 范天吉：《中华人民共和国放射性污染防治法实施手册》，吉林电子出版社2004年版，第213页。

应商等都不承担责任。另外，核设施营运人只承担核损害民事责任公约所规定的责任，而不承担核损害民事责任公约未规定的责任；或者营运人对于与核损害民事责任公约相一致的国家法律规定外的核事件造成的损害不承担任何责任。[1] 在有关核损害责任的国际公约以及各国的核损害责任立法中，均采用这一法律制度。也有学者认为惟一原则过分减轻了供应商的责任。只有少数国家不采用此种原则，如美国（经济归责制度）、奥地利等。

2. 归责原则。由于核能开发利用是一种极端危险的活动，一旦发生核事件将会带来严重后果，因此，核损害责任法律制度实行严格责任原则，对责任人适用无过错责任。即核设施营运人不论有无过错，只要发生核事故并造成核损害，就要承担民事责任。无过错责任又可以分为绝对无过错责任和相对无过错责任。绝对无过错责任是指不论损害因何原因引起，即使是不可抗力或自然灾害，行为人也要承担责任。各国根据自身情况，规定可以全部或部分免除营运人的责任。

3. 责任范围。①生命丧失或人身伤害。与传统民法关于侵权行为的要求一样，核损害责任人侵害公民的生命健康权，造成受害人身体损伤或生命丧失，侵害人应依法承担因此给受害人造成的财产损失的责任。②财产的损失或损害。既包括受害人所失去的利益，也包括受害人所拥有财物受到的损害。既包括实际的损害，又包括可得利益的丧失。③环境权益损害。主要包括受损环境的恢复措施费，由于环境的明显损坏所引起的收入损失，预防措施费用以及由此类措施引起的进一步损失或损害，环境损坏所造成的损失以外的任何其他经济损失。[2]

4. 责任承担方式。根据侵权行为的一般理论，责任人对于损害理应承担全部责任，即实行无限责任原则。由于核能利用的特殊性，为了消除投资者承担无限责任的忧虑，合理分散营运人的风险责任，以达到保护受害人的利益，保护责任人的经济生存，促进核工业的发展的平衡的目的。核损害责任法律制度实行责任限制原则，体现在赔偿数额和诉讼时效两个方面，即核设施营运人对一次核事故所造成的损害，只在规定的索赔期内承担规定限额的

---

〔1〕 Article II (5) of the 1963/1997 Vienna Convention; Article 6 (b) and Article 6 (c) (ii) of the Paris Convention; Article 10 of Annex to Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage.

〔2〕 Article I (1) of the 1963/1997 Vienna.

赔偿责任。

核损害最高赔偿限额的规定主要体现在国际核责任公约中，它的产生具有特殊背景。几乎所有国家在核损害赔偿立法中都确立了责任限制原则，大多数国家实行最高赔偿限额制度，如法国《核责任法》规定营运者的最高责任限额为10亿法郎。少数国家不设立最高限额，如德国[1]、日本、俄罗斯等国。之所以有所差别，在于各国对无过错责任与最高赔偿限额之间有无本质上关联的看法不同，也就是说是不是企业负无过错责任就应设立最高赔偿限额。另外，在实行无限责任原则的国家，一般强制要求核设施营运人通过保险或其他财政保证，确保其履行能力。[2] 在诉讼时效方面，核损害诉讼时效比一般诉讼时效要长，一般为10～30年，同时，国际公约认可缔约国在不违背最低诉讼时效的前提下作出较低的规定。

二、国际公约及各国关于核损害民事责任制度的规定

（一）国际公约关于核损害民事责任制度的规定

20世纪60年代开始，为了规制民用核设施对核能利用过程中可能产生的对人的生命安全和财产安全的巨大威胁，明确核装置的运营者对其所造成核损害的义务与责任，最大限度地减少未保险的潜在责任，为受害者提供充分的赔偿机制，核损害民事责任领域开始制定国际公约，目前，有关损害责任制度的国际公约和条约有：《关于核损害民事责任的维也纳公约》、《核动力船舶营运人双重责任公约》、《核能领域第三方责任公约》、《远程跨界空气污染公约》、《核事故及早通报公约》、《空间实体造成损害的国际责任公约》等，另外还有有关双边或多边条约。其中最为重要的是1960年《核能领域第三方责任公约》（简称《巴黎公约》）、1963年《核能领域第三方责任布鲁塞尔补充公约》（简称《布鲁塞尔补充公约》）、1963年《关于核损害民事责任的维也纳公约》（简称《维也纳公约》）。《巴黎公约》和《维也纳公约》由1988年9月21日通过的《关于适用〈维也纳公约〉和〈巴黎公约〉的联合议定书》（1992年4月27日生效）连为一体，构成了现行第三方核责任的两大基

---

〔1〕 § 31 von Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz).

〔2〕 § 34 von Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz).

本国际机制，OECD 体系和 IAEA 体系。切尔诺贝利事故使国际社会认识到，核事故损害的地理范围不限于一国境内，而可能会扩展到其他国家，在严重核事故特别是在发生大面积损害的情况下，现有的责任制度由于适用地区有限、损害的定义较窄、赔偿限额较低，不足以确保公正和快速的赔偿，必须在国际层面上通过建立更为严格的规范，才能保证营运人切实履行核损害民事责任，给予受害者充分的赔偿。缔约各国于 1997 年原子能机构第 41 届大会上通过了《核损害补充赔偿公约》。[1] 该公约是一项保护因核事故而导致核损害的受害者的国际公约，在核损害的定义方面、民事责任归责原则方面、环保权益理念等方面都比以往有了较大进步，但尚未满足该公约生效条款的要求，迄今未生效，由于印度在 2010 年 10 月的签署，使公约生效又向前迈出了一步。[2]

1. OECD 体系。在经济合作发展组织的主持下，西欧各国包括法国、德国和英国等于 1960 年制定了《核能领域第三方责任公约》(简称《巴黎公约》)，有 14 个缔约国，1963 年制定了《核能领域第三方责任布鲁塞尔补充公约》(简称《布鲁塞尔补充公约》)，统一了西欧各国对核损害承担的民事责任的规则。适用范围限定在大部分西欧国家，因而带有地域性特点。《布鲁塞尔补充公约》拓展了《巴黎公约》的适用范围。《巴黎公约》和《布鲁塞尔补充公约》分别于 1964 年、1982 年和 2004 年以附加议定书的形式进行了修正。

《巴黎公约》要求核设施营运人承担绝对责任。对于赔偿问题，《巴黎公约》规定最高责任限额为 1500 万特别提款权（SDRs）。缔约国可通过立法规定这一责任限额的增减幅度，但无论如何不得低于 500 万特别提款权。该公约规定了 10 年的诉讼时效，缔约国有权通过国内立法规定 10 年以上的诉讼时效；核事件发生时所涉及的核燃料或放射性产物或废物因被盗、丢失或抛弃等而造成损害的，自核事件发生之日起，诉讼时效为 20 年；国内法律可以规定不少于 2 年的诉讼时效，自受害人知道或应该知道其遭受损害和营运人责任之日起，但最长不超过 10 年。《布鲁塞尔补充公约》规定，核损害赔偿的数额高达每一核事件 3 亿的特别提款权。

2. IAEA 体系。东欧各国于 1963 年在国际原子能机构的主持下，制定了

---

[1] http://www.caea.gov.cn/n16/n83690/83899.html.

[2] http://www.un.org/chinese/News/fullstorynews.asp? newsID = 14347.

《核损害民事责任维也纳公约》（简称《维也纳公约》），有14个缔约国。1997通过了《修正〈关于核损害民事责任的维也纳公约〉议定书》（由于尚未满足生效条款的规定，故迄今还未生效）。相比较OECD体系的地域性特点，《维也纳公约》是一项有关核损害民事责任的全球性公约，规定核设施的营运人负有绝对的赔偿责任，且损害赔偿额度是有限的。责任限额为每一核事件不得少于500万美元。营运人必须用保险费或其他财政保证金承担其责任，对核损害的应赔总额如果超过最高赔偿额，国家应提供有限的财政补偿。公约规定了10年的诉讼时效，缔约国有权通过国内立法规定10年以上的诉讼时效；核事件发生时所涉及的核材料因被盗、丢失或抛弃等而造成损害的，诉讼时效为20年；国内法律可以规定不少于3年的诉讼时效，自受害人知道或应该知道其遭受损害和营运人责任之日起，但最长不超过10年。关于免责条款，公约规定对核装置本身的核损害或对在核装置地点使用的或拟使用的同核装置有关的任何财产的核损害；对运输工具的核损害，而在核事件发生时，有关的核材料在此运输工具上。

美国、日本、加拿大、韩国等未加入上述两个国际公约体系，而是制定了自己的核损害责任法律，但其基本原则与两大国际公约体系大体一致。

（二）有关国家核损害民事责任制度的规定

1. 美国。美国作为开发利用核能最早的国家，于1954年制定了《原子能法》（即《普莱斯－安德森法》），[1] 也是世界上最先建立核损害民事责任法律制度的国家。《普莱斯－安德森法》对“核事件”进行了若干限制，引入了“特别核事件”的概念。与国际公约和其他国家的法律规定都不相同，该法将责任主体的范围扩大到“对核事件所引起的任何法律责任负责的任何人”，并确立了“经济归责”制度。此制度的设计是考虑到核损害的特殊性、复杂性及立法的价值取向，尽管其他人对损害负有法律责任，但是仍由营运者承担全部经济责任。《普莱斯－安德森法》建立了一套独特的赔偿制度：首先，核设施营运人必须进行强制性保险或提供其他财政保证。其次，美国所有核电站实行“统筹”。如果某个核电站发生核事故所造成的核损害超过上述

---

〔1〕美国于1957年修正了1954年《原子能法》（1954 Atomic Energy Act），颁布了关于核损害责任的《普莱斯－安德森法》（The U S Price - Anderson Act of 1957）。该法曾分别于1966年、1975年、1988年进行过几次修订。

保险赔偿金额时，所有其他核电站设施必须按照“相互补偿制度”共同筹资赔偿受害者。最后，如果上述金额还不足以赔偿受害者，则由国会决定如何筹款赔偿。《普莱斯－安德森法》1975年修正案把诉讼时效延长到10～20年，1988年修正案更是排除了最长诉讼时效的规定。受“特别核事件”影响的人可以且必须在发现人身伤害的3年内提起人身伤害索赔，而不论自“特别核事件”发生之时起已经过多长时间。

2. 德国。德国于1959年制定了《原子能法》，先后于2002、2010年进行了修订。就责任人应承担的最高责任限额和诉讼时效作了如下具体规定：核设施营运人的责任应当是无限的，同时要求营运人投保第三方核责任保险（保险额不少于25亿欧元），政府提供最高数额为25亿欧元的财力补偿。[1] 如果核损害赔偿超过上述保险额或保证金数额，在理论上，营运人应以其全部财产抵偿。[2] 但德国法律规定，受害者从营运人那里获得的赔偿应仅限于核电站的全部资产或其投保额，而不能追索到其股东的财产。赔偿请求权应当自请求权人知道或应该知道该损害及责任人之日起3年后，或自核事件导致损害之日起30年后，或自核材料被窃、丢失、抛弃、放弃而消灭之日起20年后，而归于消灭。[3]

3. 日本。早在建立商用核电站之前，日本于1961年就制定了《原子力损害赔偿法》（简称《原赔法》）。该法规定，如果核电站发生事故，在受害人的救济方面，企业负有无限赔偿责任。最近，日本政府初步拟定的福岛第一核电站事故损失赔偿方案浮出水面。根据这一方案，东京电力公司将承担主要赔偿责任，赔偿额将不设上限。政府将通过一个新设赔偿援助机构减轻东电负担。《原赔法》中规定了“异常巨大的天灾地变”、外国侵略造成的“社会动乱”等免责条款。尽管是地震、海啸后出现的核电站事故，但是由于地震发生后，核电站立即停止运转，备用电池全部用上，备用发电机全部开动，核电站并没有出现倒塌现象，日本核电方面国家机关发出地震灾区核电站完

---

〔1〕 § 34 und 38 von Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren （Atomgesetz）.

〔2〕 § 34 von Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren （Atomgesetz）.

〔3〕 § 32 von Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren （Atomgesetz）.

好的安全报告，因此福岛核电站难以适用此免责条款。

4. 印度。印度从1960年代开始发展民用核电，于1962年颁布《原子能法》，其中并未涉及任何与核事故责任和赔偿相关的内容。同时，印度也不是《巴黎公约》或者《维也纳公约》的缔约国。印度现有核设施的所有权或主要所有权都属于印度中央政府，因此，印度中央政府对核设施的责任问题负责。

印度于2010年10月通过了《核损害民事责任法案2010》，作为民事核损害赔偿责任的专门法律，该法案弥补了1962年《原子能法》民事赔偿领域的空白。确立了营运人对核事故负有严格责任（重大自然灾害、战争和恐怖事件除外）。赔偿范围包括人员伤害、财产损失、收入损失、环境恢复、预防性措施、其他经济损失。确定单次事故最高赔偿限额为3亿特别提款权（约合4.5亿美元），且不同类型营运人责任不同。主观诉讼时效为3年，对于财产的客观诉讼时效为10年，对于生命丧失和人身伤害的客观诉讼时效为20年。确立了向产品缺陷或服务缺陷导致事故发生的供应商进行追偿的制度。规定了营运人强制保险制度。[1]

三、我国核损害民事责任制度构想

（一）核能利用与立法现状

我国核电建设始于1985年动工的秦山核电站，1987年，大亚湾核电站也开始建造。进入新世纪，核能行业进入了加速发展阶段，特别是2005年以来，我国先后核准了辽宁红沿河等13个核电项目。截至2010年底，我国的在运机组13台，在建机组28台，在建规模占全球的40%以上，是全球核电在建规模最大的国家。随着日本福岛核事故的进一步发展，我国当前比较紧迫的问题是如何强化核安全、健全核损害民事责任制度。

我国并未加入任何国际核损害赔偿公约。在核工业发展之初，为了解决核损害责任问题，1986年3月，国务院作出了《关于处理第三方核责任问题的批复》，规定核电站或核设施营运人对核事故承担绝对责任和惟一责任，对于一次核事故所造成的核损害，营运人对全体受害人的最高赔偿额为人民币1800万元；对核损害的应赔总额如果超过1800万元，政府将提供最高限额为

〔1〕左惠强、姜萍："印度《核损害民事责任法案2010》的影响及借鉴意义"，载《中国保险报》2010年10月13日，第6版。

人民币3亿元的财力补偿。同时，规定了3年的诉讼时效，自受害人知道或应该知道其遭受损害和营运人责任之日起，但最长不超过10年。[1] 随着核电事业的发展，2007年6月，国务院出台了《关于核事故损害赔偿责任问题的批复》（以下简称《批复》），规定核电站的营运人对一次核事故所造成的核事故损害的最高赔偿额为3亿元人民币；应赔总额超过规定最高赔偿额的，国家提供最高限额为8亿元人民币的财政补偿。[2] 但是，目前我国仅是通过国务院《批复》来解决核损害赔偿，在法律形式和效力上都属于较低层次，且《批复》中所规定的内容过于原则，不够具体，操作性不强。

反观我们的邻国印度，由于采购中涉及外国供应商的第三者责任问题，以国际核损害公约为蓝本，结合本国特点制定了核损害赔偿法，出台背景与我国的两个《批复》类似。虽然其赔偿限额等受到争议，但该法案总体上可以与国际接轨，确立了基本框架。我国也应积极借鉴核损害赔偿国际公约和各国国内法的有益经验，建立健全核损害民事责任制度，弥补法律的空白。

（二）起草中的《原子能法》关于核损害民事责任规定的设想

改革开放至今，我国涉核的法律只有《放射性污染防治法》，以及国务院颁布的法规及法规性文件共十几项。《原子能法》作为原子能法律体系中的母法，是原子能领域顶层的法律，统领其他的法律、法规和部门规章。原子能法的长期缺失，不仅使我国的原子能法律体系不完善，也使我国在对外交往中处境尴尬，与我国的核大国地位极不相称。《原子能法》正式列入2011年国务院立法计划，目前正在起草过程中，核损害民事责任作为其中的一项基本法律制度将会得到确立，对此，本文仅从以下几个方面阐明自己的观点。

1. 责任主体。实行惟一责任或责任集中原则，将核事件的责任全部归结于核营运人，其他任何人包括制造商或供应商等都不承担责任。这一原则充分体现了保护受害人利益和促进核工业发展的指导思想。受害人只须向营运人索赔，而无须再寻找其他责任人；核设施供应商也可打消顾虑，毕竟其无法承受核事故产生的巨大赔偿责任。核设施营运人只有在合同上有明确约定以及核事故损害是由于他人故意作为或不作为造成的这两种情况下，才享有对有关责任人的追索权。实践中，供应商为了应对这种情况，都会在核供应

[1] 1986年国务院《关于核事故损害赔偿责任问题的批复》（国函［1986］44）第3、6条。
[2] 2007年国务院《关于核事故损害赔偿责任问题的批复》（国函［2007］64）第7条。

合同中载明“购买方（即营运人）是第三方核责任的惟一责任人，供应方在任何情况下都不承担核责任”等内容。

2. 归责原则。实行严格责任，即无过错责任原则。核设施营运人不论有无过错，只要发生核事故并造成核损害，就要承担民事责任。同时，根据我国实际情况，规定可以全部或部分免除营运人责任的事由，如核损害是由于特大自然灾害、军事冲突行为、敌对行动、内战或暴乱所引起，则免除营运人的责任等，如核损害是由于受害人的重大疏忽，或是由于此人蓄意要造成损害的行为或不行为所引起，则全部或部分地免除营运人对此人所受损害给予赔偿的义务。

3. 责任范围。①人身伤亡。对于核损害造成受害人身体损伤或生命丧失，责任人应承担因此给受害人造成损失的责任。②财产损失。包括受害人财物损害和利益损失。③环境损害。包括环境损坏引起的收入损失、恢复措施费、预防措施费用以及其他经济损失。

4. 责任限制。核损害赔偿实行责任限制原则可能会剥夺受害人全部或部分赔偿请求权，这也是德国、美国等国家对于是否应该设定最高赔偿限额存有争议的原因。但是，责任限制根源于危险的本质，严格责任应伴有责任限制。国家的保护义务应以人类的认识能力为界限，如果风险超出实践理性的范围则可忽略不计。因此，从我国实际情况出发，考虑到核能利用状况和法制环境，核损害责任应实行责任限制原则，即设立最高赔偿限额和规定较为短期的诉讼时效。具体来说，包括以下几个方面：

首先，参考主要核损害国际公约和其他国家的立法经验，结合我国经济社会发展现状，考虑到最高责任限额的标准是否合乎目的，是否具有现实性，以理性方式在适当范围内确定。

其次，建立核责任强制保险和财务保证制度。由于核损害事故对第三者的人身及财产会造成巨大损害，各国的核损害赔偿立法大多要求运营者必须购买强制性保险或者提供财务保证，特别是实行无限责任的国家。根据2007年国务院《批复》，营运者应当做出适当的财务保证安排，以确保发生核事故损害时，能够及时、有效地履行核事故损害赔偿责任。在核电站运行之前或者乏燃料贮存、运输、后处理之前，营运者必须购买足以履行其责任限额的

保险。[1] 在原子能立法过程中应建立核责任强制保险制度。由于核损害无法按照常规市场的承保规则予以承保，多数有核国家都建立了核共体以应对核风险。我国的核共体于1999年正式挂牌成立，但是存在一些亟待解决的问题，如核共体成员公司不多，承保能力不足；没有建立统一的核巨灾准备金制度；没有建立风险检查制度等等，[2] 需要逐步完善。财务保证是指由国家、金融机构、担保公司、企业等为营运人提供财务上的担保或者由营运人自身通过建立专有损害基金的方式来承担赔偿责任。在我国可以由核设施营运人与保险公司共同出资设立核保险基金，确保事故发生后责任人能够及时有效履行核损害赔偿责任。另外，根据2007年《批复》的规定，在一次核事故中国家提供最高限额为8亿元人民币的财政补偿。[3] 在原子能立法过程中可以立足于实际，参考国外有益经验，确定财政补偿的数额。

最后，规定较为短期的诉讼时效。相比较国际公约和其他国家10～30年不等的诉讼时效规定，我国可以规定3年的诉讼时效，自受害人知道或应该知道其遭受损害和营运人责任之日起，但最长不超过10年。这样规定有利于平衡受害人利益的保护和国家核能工业的发展，也不会对我国今后加入国际公约体系产生障碍。

---

[1] 2007年国务院《关于核事故损害赔偿责任问题的批复》（国函［2007］64）第8条。
[2] 郭丽军："核损害赔偿责任立法及保障浅析"，载《中国保险报》2011年第3期。
[3] 2007年国务院《关于核事故损害赔偿责任问题的批复》（国函［2007］64）第7条。

核损害责任法律问题研究

唐红洁[*] 丁文良[**]

一、引言

2011年3月11日，日本东北地区宫城县北部发生里氏9.0级地震，强震海啸伤亡惨重。2011年3月12日下午开始，日本福岛第一核电站机组相继发生事故，并且事态持续扩大，[1] 引发了国际社会的强烈关注，国际救援力量陆续抵达日本，美俄等国际核专家赴日援助，国

---

* 作者系中国政法大学副教授。

** 作者系中国政法大学全球化法律问题研究中心研究人员，中国政法大学国际法学院硕士研究生。

〔1〕 3月18日晚，由于1号至3号机组核燃料可能部分熔毁，且放射物质继续泄漏，日本把第一核电站事故从4级提升至5级；疏散范围扩大，从原先的疏散核电站周边20公里范围内的居民，至3月26日，日本政府已开始鼓励那些居住在20公里至30公里范围内的居民在自愿情况下疏散；原子能安全保安院一名官员表示依照事态发展，不排除把事件等级调高至6级的可能。参见 http：//news. enorth. com. cn/system/2011/03/26/006248124. shtml，访问日期：2011年3月26日。4月12日，日本福岛第一核电站核泄漏事故升至最高级7级。……东京电力公司原子能及选址代理总部长松本纯一昨日坦言，由于泄漏尚未停止，释放总量仍在增加，最终有可能超过切尔诺贝利核电站。参见 http：//news. xinmin. cn/rollnews/2011/04/13/10223907. html，访问日期：2011年4月19日。

际原子能机构（IAEA）总干事天野之弥也于18日抵达日本协助处理事故。

虽然核工业的发展一直保持着良好的安全记录，但由于核物质蕴含着巨大的能量，又兼具放射性等特点，一旦发生核事故，后果往往是灾难性的，历史上曾发生过的历次核事故，无一不造成了巨大的损害，较为严重的有美国三里岛核电站事故和前苏联切尔诺贝利核事故。法国著名的国际环境法学者亚历山大·基斯教授就曾指出，“原子能生产与海洋石油运输是可能对环境和人类健康造成最严重损害的两个领域”。[1] 但核能的和平利用对于各国发展现代科学技术和自然资源的开发利用具有重大意义，并没有理由仅仅因为核物质利用的高风险性和核事故所造成损害的巨大性而否定核能和平利用的重要意义甚至对其弃而不用。因此，从国际和国内法律的完备性角度看，从保障核设施运营者及核能和平利用事业的健康发展来看，从促进国际核能和平利用的交流及处理核损害的协调来看，建立和健全核损害责任法律制度无疑具有非常重要的意义。

二、核损害的定义

本文仅研究核能和平利用所产生的有关问题，而不包括核能的非和平利用情况。本文所指的核损害主要是指以和平为目的而利用核设施及核材料的过程中发生核事故，从而对人身、财产和环境等造成的损害。目前国际社会中比较广为接受和权威的对于核损害的界定有：

1963年《关于核损害责任的维也纳公约》（以下简称1963年《维也纳公约》）规定：“‘核损害’系指：①由于来自、产生于一个核装置或运往一个核装置的核材料中的或属于上述核材料的核燃料或放射性产品或废料的放射性性能或放射性性能同具有毒性、爆炸性或其他危险性性能的混合而引起或造成的丧失生命、任何人身损害或财产的损失或破坏；②由此而引起或造成的在管辖法院的法律规定范围之内的任何其他损失或破坏；③如装置国法律有此规定，由核装置内任何其他放射源所发出的其他电离放射所引起或造成的丧失生命、任何人身损害或财产的损失或破坏。”

1997年《修正〈关于核损害责任的维也纳公约〉的议定书》（以下简称《1997年维也纳公约议定书》）、1997年《核损害补充赔偿公约》（以下简称《补充赔偿公约》）和1960年《核能方面第三者责任公约》（以下简称《巴黎

---

[1] [法] 亚历山大·基斯：《国际环境法》，张若思编译，法律出版社2000年版，第379页。

公约》）2004年附加议定书均扩大了“核损害”的定义，以便在其中包括：① 人身伤害或财产损坏引起的经济损失；②恢复受破坏环境的措施的费用；③由于环境受到重大破坏，致使无论以任何方式使用和享用环境而带来的经济利益所产生收入蒙受的损失；以及④预防性措施的费用。[1]

由上可见，有关的公约对“核损害”界定的范围呈现逐步扩张和细化的趋势，尤其注重对环境的保护，而这种扩大的趋势是十分合理、必要且顺应时代发展的。因为在核事故发生后，防止或最大限度地减少损害后果是极其必要且重要的，所以将“预防措施”的费用计算在核损害的范围内是准确的，而“恢复措施”与“合理措施”的费用也是同样。

三、核损害的特点

以史上最为著名、也是最为严重的切尔诺贝利核电站事故为例。1986年4月26日，乌克兰基辅市以北130公里的切尔诺贝利核电站的灾难性大火造成大量放射性物质外泄，导致环境严重污染，当即造成31人死亡，二百多人受严重放射性伤害，数万人受到放射性影响，直接经济损失达120亿卢布，核污染飘尘扩散至周围国家，西欧各国乃至世界大部分地区都检测到了核电站泄漏的放射性物质。事故发生多年后，放射性污染带来的危害还在继续，不断有报道该地区受放射性伤害的人群死亡或患病、患癌症的消息，伤亡人数不断扩大，该地区的生态环境也遭到严重的破坏。涉及核污染伤害的人数超过百万，并延续到代际的健康。[2]

从中可以看出，核损害具有如下特点：

1. 损害的高度破坏性。核损害大多具有高度放射性，能够产生长久的核辐射危害，会对环境造成不可估量的危害；其还可能引起细胞内遗传信息的突变，给人体造成严重疾病；伴随放射性核损害产生的还有爆炸和高度的毒性，这些都对动植物有着极强的破坏作用。[3]

2. 其危害作用的持续性和长效性。核损害产生之后，其造成的损害后果并不止于当下的情况，由于核物质会持续不断的发出射线，对人体和环境的

---

〔1〕 资料来源：《卡塔赫纳生物安全议定书》政府间委员会第二次会议会议文件，第5页。

〔2〕 江伟钰：“论21世纪核使用和全球和平与安全的国际法责任确定——暨《不扩散核武器公约》35周年确定”，载《华东理工大学学报》2005年第2期。

〔3〕 王蓓：“浅析核损害中的民事责任分配”，载《中国商界》2008年第1期。

损害也会延续很长一段时间。

3. 传播迅速且覆盖范围广。核损害发生后，会以极快的速度传播，在短时间内覆盖广阔的地域，且往往会超出核损害发生地国的领土范围，往往会造成跨界损害，对其他国家的居民、财产或环境造成损害，因此核损害范围的广度也是其他种类的损害所不及的。

四、核损害责任的国际法基础

当核损害发生之后，必然需要去厘清责任承担的问题，由于仅限于一国范围内的核损害责任承担问题相对比较简单，本文在此着重检视核损害侵及核事故发生地国之外的其他国家时的责任承担问题。从前述核损害的三个特点、尤其是其第三个特点可以看出，核损害的地理范围往往不限于一国境内，而可能会扩展到其他国家，对其他国家的居民、财产、环境等造成损害，因此必须在国际层面上通过法律来规制核损害责任，而这又有必要首要探讨一下核损害责任的国际法基础。

随着科学技术日新月异的发展，各国在工业生产、原子能利用、外太空探索及海底开发等活动中常常给别国带来了损害或损害威胁。但这些可能对本国社会、对他国居民、财产和环境造成危害的活动，在发展现代科学技术和自然资源的开发与利用等社会经济发展领域却又是必不可少的，所以有别于“国际不当行为”而不为国际法所禁止。[1] 核能的和平利用，属于“国际法不加禁止的行为”。

当核损害波及核事故发生地外的其他国家的时候，便形成了“跨界损害”问题。根据1996年国际法委员会（International Law Commission - ILC）第48届会议专题工作组向联合国大会提交的《关于国际法不加禁止的行为所引起的损害性后果的国际责任条款草案》，其对跨界损害所作的定义是：“‘跨界损害’是指在起源国以外的一国领土内或其管辖或控制下的其他地方造成的损害，不论有关各国是否有共同边界。”[2]

国际法的一项普遍原则是，一方面，各国有义务在本国领土内保护他国

〔1〕 林灿铃：《国际环境法》，人民出版社2004年版，第235页。

〔2〕 联合国大会第51届会议补编第10号（A/51/10）《国际法委员会第48届会议工作报告》第211页；《关于国际法不加禁止的行为所产生的损害性后果的国际责任条款草案》第3条b项。转引自：林灿铃：《国际环境法》，人民出版社2004年版，第230页。

的领土完整和不受侵犯的权利，另一方面，各国均有免受域外活动造成损害及不受影响地使用本国领土的权利。“依照《联合国宪章》和国际法原则，各国具有可以自由地使用本国环境和自由开发本国资源的主权权利，同时亦负有责任，确保在它管辖或控制范围内的活动，不致对其它国家的环境或本国管辖范围外地区的环境引起损坏。”[1]

从事国际法不加禁止的活动造成跨界损害应承担责任的规则已被广泛接受，并且多年来通过国家做法和司法裁决逐渐确立为一些公约或条约的一项法律原则。在 1938～1941 年的“特雷尔冶炼厂仲裁案”[2] 中，仲裁庭确认，“根据国际法原则，以及根据美国法律，任何国家均无权使用或允许使用其领土对另一国家或该国境内的财产或个人造成烟气引起的损害”；国际法院在 1949 年的科孚海峡案[3] 中重申了这个国家责任原则，指出在国际法中存在着“普遍性和公认的原则”，规定“每个国家均有义务不有意地允许使用其领土来采取有害于他国利益的行为”，仲裁法庭在 1956 年的拉努湖（Lac Lanoux）仲裁案[4] 中也重申了该原则；最近，国际法院于 1996 年在关于“以核武器相威胁或使用核武器的合法性”问题的咨询意见中申明：“各国有普遍性的义务保证，在其管辖和控制范围内的活动将尊重他国环境或本国控制以外地区的环境，这项义务现在已经是国际环境法的一部分。”[5] 因此，核能的和平利用作为一项“国际法不加禁止的行为”，在造成核跨界损害的时候需要承担责任，应当说是确定无疑的。

五、核损害责任的国际法律框架

当前国际社会存在着关于核损害责任的两大基本机制，即由经合组织核能机构（OECD/NEA）主持修订的《巴黎公约》和由国际原子能机构主持修订的 1963 年《维也纳公约》及其他相互关联的条约、议定书等。

---

〔1〕 林灿铃：“环境问题的国际法律调整”，载《政法论坛》2001 年第 5 期。

〔2〕 联合国《国际仲裁裁决汇编》，第 3 卷，1906～1982 年，转引自：《卡塔赫纳生物安全议定书》政府间委员会第二次会议文件，第 3 页。

〔3〕 1949 ICJ Rep 4，转引自：《卡塔赫纳生物安全议定书》政府间委员会第二次会议文件，第 3 页。

〔4〕 1957 I. L. R. 101，转引自：《卡塔赫纳生物安全议定书》政府间委员会第二次会议文件，第 3 页。

〔5〕 Advisory Opinion of 8 July 1996，(1996) 35 ILM 809，转引自：《卡塔赫纳生物安全议定书》政府间委员会第二次会议文件，第 3 页。

《巴黎公约》为1963年《关于核能方面第三者责任的布鲁塞尔补充公约》(以下简称《布鲁塞尔补充公约》)所补充，后又分别在1964年、1982年、2004年以附加议定书的形式修订；

1963年《维也纳公约》为《1997年维也纳公约议定书》所修正，并为《补充赔偿公约》所补充。

在原子能机构、经合组织和国际海事组织(IMO)的主持下，于1971年12月17日通过了《有关海上核材料运输的民事责任公约》，从该公约正文前的各项考虑可以看出，其主要适用于《巴黎公约》和1963年《维也纳公约》所适用的海上核材料运输过程中出现的核事故造成核损害时的有关情况，因此也是属于之前所提到的当前国际社会关于核损害责任的两大基本机制之下。

1988年，在原子能机构和经合组织核能机构的倡议下通过了《关于适用维也纳公约和巴黎公约的共同议定书》(以下简称《共同议定书》)，该议定书于1992年4月27日生效。在此之前，《巴黎公约》和1963年《维也纳公约》相互独立运作，由于同时适用这两项公约可能会导致冲突，没有任何国家同时是两项公约的缔约方。《共同议定书》在《巴黎公约》和1963年《维也纳公约》之间建立了联系，从而也建立了一个扩大了范围的赔偿责任制度。[1]

从上可以看出，有关核损害责任的国际法律框架已经较为完善地建立了起来，对于核损害的相关内容也较为系统、全面、科学、先进，但从各项公约的缔约情况和效力状况来看，又能发现其中的显著不足。首先，《巴黎公约》的缔约国包括比利时、丹麦、芬兰、法国、德国、希腊、意大利、荷兰、挪威、葡萄牙、斯洛文尼亚、西班牙、瑞典、土耳其、英国等15个国家，奥地利、卢森堡在《巴黎公约》一通过时就签署了，但一直未批准。瑞士于2009年3月9日批准了经1964年附加议定书及1982年附加议定书修正过的《巴黎公约》及其2004年附加议定书，当2004年附加议定书生效时，《巴黎公约》及其3个附加议定书将同时对瑞士生效。目前批准《巴黎公约》2004年附加议定书的只有瑞士和挪威两个国家，还未生效，[2] 批准《布鲁塞尔补

---

〔1〕 资料来源：《卡塔赫纳生物安全议定书》政府间委员会第二次会议文件，第5页。

〔2〕 See status of ratifications or accessions of 1960 Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy, available at http: //www. nea. fr/html/law/paris - convention - ratification. html, viewed on March 21th, 2011.

充公约》2004年附加议定书的目前只有瑞士和西班牙两个国家，也尚未生效；[1] 其次，《1997年维也纳公约议定书》的缔约方包括阿根廷、白俄罗斯、捷克、匈牙利、印度尼西亚、意大利、拉脱维亚、黎巴嫩、立陶宛、摩洛哥、秘鲁、菲律宾、波兰、罗马尼亚、乌克兰等15个缔约国，于2003年10月4日生效，批准该议定书的有阿根廷，白俄罗斯，拉脱维亚，摩洛哥，波兰，罗马尼亚等6个国家；[2] 而同时，《共同议定书》于1992年4月27日生效，目前为止包括原来属于《巴黎公约》和1963年《维也纳公约》的成员方共26个，[3] 在一定程度上扩大了两个公约的范围，但从上述缔约情况来看，《巴黎公约》和1963年《维也纳公约》及其议定书的涵盖范围主要还是集中于欧洲地区，区域性比较明显。虽然国际核损害责任制度的发展从未停止过，但迄今为止世界上所有的主要核电国家如俄罗斯、美国、日本、中国等均未加入任何国际核责任公约，而是采用自己的核责任法律体系，这就使有关国际核损害责任领域的相关公约的效力和影响力大打折扣，也意味着要形成全球性的核损害民事责任法律体系还有很长的路要走。

六、核损害责任制度主要内容

（一）严格责任

所谓严格责任，指的是当核事故发生造成核损害之后，只要证明核损害和核事故之间具有因果关系，核设施的运营者即需对此承担责任，而不要求证明运营者有过错。这一规则便于核损害的受害人寻求救济，因为在发生核事故造成核损害的情况下，身为普通民众的受害人，是很难证明运营者过错的，更不用提还存在运营者本身并无过错的情况。因此，在核能的和平利用这一风险巨大的高科技领域实行严格责任，是合理且应当的。严格责任的实行，一方面，便利了核损害受害人；而另一方面，核设施的运营者则拥有有限责任和诉讼时效这两方面的责任限制。

---

[1] Available at http://www.oecd-nea.org/law/brussels-convention-ratification.html, viewed on March 21th, 2011.

[2] See status of ratifications or accessions of Protocol to Amend the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, available at http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infcircs/1998/infcirc-566.shtml, viewed on March 21th, 2011.

[3] See status of ratifications or accessions of Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and Paris Convention, available at http://www.oecd-nea.org/law/joint-protocol.html, viewed on March 21th, 2011.

（二）责任人

在核损害责任领域，实行的是确定一个单一责任人的方法，即确定核设施的运营者为唯一的责任人。这意味着即使是由所供设备故障而造成核事故或者是在运输核材料的过程中发生核事故，供应方或承运人也不必承担核损害责任，也由运营者负责。[1] 将核损害责任统一地归到核设施的运营者身上，或许显得过于苛责，但试想，如果要求运营者之外的其他人如设备供应商或承运人承担责任，一边是有限的运费或者是设备价款，另一边则是巨大的风险及可能的巨额赔偿，将导致其不敢承运或提供核设施或者核材料，或将这种风险转移到他人身上；同时这也方便了受害人，其在受到核损害之后只需向运营者问责，而不用考虑应该起诉谁的问题，便利了其寻求救济。

（三）有限责任

有限责任，指的是运营者对于某次核事故造成的核损害，只需在一定的赔偿总额下和一定的诉讼时效期限内承担责任。有限责任的确立，可以使运营者免于一旦发生核事故造成巨大损害而径直陷于破产的境地，诉讼时效的确立也有这样的效果，这可以理解为对运营者承担严格责任和作为核损害的唯一责任承担人的一种补偿，对于保障运营者和促进核能和平利用事业的发展均具有重要意义。

1. 赔偿限额。《巴黎公约》规定，营运者赔偿责任的上限为1500万特别提款权（SDR）。如果根据公约第10条的要求提供了保险或其他财政保证，有关立法可规定这一责任限额的增减幅度，但无论如何不得低于500万特别提款权。[2]

《布鲁塞尔补充公约》改进了《巴黎公约》的赔偿规定，建立了一个分三个层次的赔偿结构：第一层次，要求各缔约方通过本国法律把营运者赔偿责任的下限确定为500万特别提款权，该项款额将由保险或其他财务保证金提供和担保；第二个层次，将由造成破坏的核设施位于其领土上的缔约方提供总额最高可达1.75亿特别提款权的补充公共资金；第三层次，如果损失数额超过了第二层次提供的数额，将再提供数额为1.25亿特别提款权的公共资

[1] 见《巴黎公约》第3条，1963年《维也纳公约》第2条。

[2] 见《巴黎公约》第7条。

金，这笔资金由所有缔约方根据一个事先确定的公式分摊。[1]

《巴黎公约》2004 年附加议定书提高了现行的损害赔偿额度（最低责任限额），把核设施运营者的最低责任限额提高到 7 亿欧元，把低风险设施和运输事故的最低责任赔偿额分别提高到 7000 万欧元和 8000 万欧元。[2]

《布鲁塞尔补充公约》2004 年附加议定书也提高了由运营者赔偿、国家赔偿、国际赔偿这三项内容构成的赔偿体系的最低责任限额。由核设施运营者的核损害赔偿保险支付的赔偿额提高到 7 亿欧元（若保险金不足，则由国家补偿）；由核设施所属国（或运输者所属国）官方支付的国家赔偿额提高到 5 亿欧元；由《巴黎公约》缔约国援助的损害赔偿共同基金支付的国际赔偿额提高到 3 亿欧元。该议定书的签署使核损害赔偿额由原来的 3 亿特别提款权（3.5 亿欧元）提高到 15 亿欧元，增加了 3 倍多。[3]

1963 年《维也纳公约》规定，设施所在国可以对营运者的赔偿责任规定下限，使任何一次核事故的赔偿数额不少于 500 万美元。[4] 同时，为了确保受害人获得充分的赔偿，公约进一步规定了能满足事故责任的最低财政保证，要求营运人提供保险和其他财政保证。如果营运人提供的保险和其他财政保证不足以清偿索赔数额，装置国必须补足其差额，以达到其规定的任意性限额。[5]

《1997 年维也纳附加议定书》为营运者的赔偿总额规定了新的下限，为 3 亿特别提款权，即 500 万特别提款权加一笔用公共资金提供的“追加”数额，这笔数额来自发生核事故的营运者所属缔约方，总额可达 3 亿特别提款权。[6] 对 1963 年《维也纳公约》所做的改进体现在：提高了责任额，运营者的责任额从原定的不少于 500 万美元，提高到不少于 3 亿特别提款权，或不少于 1.5 亿特别提款权，但若损害超过此数额，则装置国应提供达到 3 亿特别提款权

---

〔1〕 资料来源：《卡塔赫纳生物安全议定书》政府间委员会第二次会议文件，第 6 页。

〔2〕 Available at http://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-protocol.html, viewed on March 21th, 2011.

〔3〕 李韦华译、黄厚坤校：“第三方核责任公约的核损害赔偿额提高了 3 倍多”，载《国外核新闻》2004 年 3 月刊，第 9 页，来源于日本原子能产业协会网站 2004 年 2 月 11 日报道。

〔4〕 见 1963 年《维也纳公约》第 5 条第（1）项。

〔5〕 见 1963 年《维也纳公约》第 5 条和第 7 条，转引自蔡先凤：“核损害民事责任研究”，武汉大学博士学位论文，2004 年 5 月，第 74 页。

〔6〕 资料来源：《卡塔赫纳生物安全议定书》政府间委员会第二次会议文件，第 6 页。

之间的差额。

《补充赔偿公约》也增加了可以为核损害提供的赔偿数额，建立了一个包括两个层次的赔偿制度，其主要内容为：第一层次的赔偿包括3亿特别提款权或在此之前说明的一个更大数额；第二层次的赔偿由所有缔约国规定方案筹措的国际公共资金提供。[1]

可见，随着国际核损害责任制度的发展，单就赔偿限额方面的规定看，为核损害赔偿设定一个最高赔偿限额的做法已逐渐为国际社会通行做法所不采。自《巴黎公约》规定营运者赔偿责任的上限之后，各项核损害责任公约及其附加议定书，包括《巴黎公约》自身之后的议定书，均采取的是为营运者的赔偿责任规定一个下限，且这个下限的数额有逐渐提高的趋势。可以得出的结论是，现行国际核损害责任法律体系的目标和重点在于，在确保核能和平利用事业能够持续健康发展的前提下，更加重视核损害受害人利益的保护。

2. 诉讼时效。《巴黎公约》和1963年《维也纳公约》规定，赔偿诉讼必须在核事故发生之日起10年内提出。此外，各缔约方可以把营运者的赔偿责任限制在从损害发生之日起，或从遭受损害的人获悉或根据常理应该获悉应负赔偿责任的营运者之日起2年（《巴黎公约》）或3年（1963年《维也纳公约》）之内。

《1997年维也纳附加议定书》延长了上述时限，有关人身伤亡的时限延长至30年，任何其他损害的时限延长为10年（第8条）。[2] 并且规定，自遭受核损害者知道或应当知道该损害或应负责的营运人之日起3年内不提起诉讼，其依据公约要求赔偿的权利应服从管辖法院的法律规定的时效或时效的消灭，但不得超过前两款规定的10年或30年的期限。

（四）责任保险和财政保证

强制性的财务保证，是指要求运营者应通过保险或其他财务保证，以确保能履行其所承担的赔偿责任。此原则既为保护受害人利益，也为保护运营

〔1〕 蔡先凤：《核损害民事责任研究》，原子能出版社2005年版，第89页。
〔2〕 资料来源：《卡塔赫纳生物安全议定书》政府间委员会第二次会议文件，第7页。

者免予破产。[1] 主要形式有核设施运营者投保的第三者责任保险和由政府财政、政府或国际社会公共基金提供的保障。

《巴黎公约》和1963年《维也纳公约》要求各缔约方保证使营运者购买保险或提供其他财务担保，保险或担保数额应该与在这两项文书下所负赔偿责任相符。[2]

《布鲁塞尔补充公约》和《补充赔偿公约》分别建立了政府和国际互助的原则，主要是考虑到一旦发生核事故，将会造成非常严重的核损害，仅仅依靠核运营者的第三方核责任保险尚不足以完全解决损害赔偿问题。两个公约都规定，缔约国必须提供三个层次的赔偿：第一层次为运营者赔偿；第二层次为运营者所在国的政府赔偿；第三层次为国际补充基金，缔约国之间进行国际互助。很显然，公约的这种规定充分体现了保护受害人利益与促进核工业发展两者相结合的指导思想。通过政府与国际互助，受害人在遭受核事故损害时，能够获得及时和充分的赔偿，核设施运营者依然可以保持其生存和发展的地位。[3]

（五）管辖法院

在核损害责任领域，一般实行单一法院管辖原则，指的是有关核损害赔偿的诉讼，由单一法院受理。这是有限责任原则引申出来的必然要求，因为只有这样，才能保证有限的赔偿金得到公平合理的分配，[4] 同时确保司法权的统一，以防止不同法院裁定的赔偿额超出运营者责任限额，并有利于对不同索赔请求权做出公正裁决。

《巴黎公约》和1963年《维也纳公约》均规定了统一的管辖权，在两项公约下提出的诉讼都应该由核事故在其领土上发生的缔约方的法庭审理；如果核事故发生在任何缔约方的管辖范围之外，或无法有任何把握地确定事故地点，则应该由营运者的设施所在国的法庭进行管辖。[5]

---

〔1〕 郭志锋："世界核损害责任制度的发展现状"，载《国外核新闻》2007年1月刊，来源于世界核协会2006年12月报道及国际原子能机构网站。

〔2〕 资料来源：《卡塔赫纳生物安全议定书》政府间委员会第二次会议文件，第6页。

〔3〕 蔡先凤："核损害责任的国际法基础"，载《郑州大学学报（哲学社会科学版）》第41卷第3期。

〔4〕 郭志锋："世界核损害责任制度的发展现状"，载《国外核新闻》2007年1月刊，来源于世界核协会2006年12月报道及国际原子能机构网站。

〔5〕 资料来源：《卡塔赫纳生物安全议定书》政府间委员会第二次会议会议文件，第7页。

七、日本核损害责任法律问题研究

此次日本福岛第一核电站核事故发生之后，日本政府对福岛第一核电站周边进行疏散，疏散半径达 20 公里，超过 17 万人从附近区域疏散，遭受核辐射人数达 190 人，[1] 但目前为止还没有因受核辐射而有人员伤亡的报道。从目前来看，日本福岛第一核电站核事故基本未造成对其他国家的损害，仅见的报道是在日本救灾的美军舰队上有 17 人遭到核泄漏辐射，并未造成多大损害；但由于核损害的高损害性和扩散性，以及基于事态的持续发展，日后对他国造成损害也或未可知，如冰岛官员 22 日称，在首都雷克雅未克已检测出“微量的核放射物”，不过由于含量较低，对于身体健康暂时没有影响。这是第一个宣布检测出了福岛核电站核放射物的欧洲国家。[2] 一位英国原子能机构专家表示，从福岛第一核电站泄漏的放射性物质随着洋流向东流向了太平洋，随后进入北冰洋，并最终扩散到了欧洲；据新华网北京 3 月 30 日电，在我国 18 个省份部分地区监测到来自日本核事故释放出的极微量放射性物质，但不会对我国环境和公众健康造成危害。[3] 因此对日本的核损害责任制度进行研究同样也十分重要，可为今后处理问题提供法律支持。

日本尚未加入任何国际核责任公约，在处理核损害责任问题的时候将依据其国内有关立法，国内核损害责任立法主要有：①1961 年 6 月 17 日颁布的《核损害赔偿法》（1961 年 6 月 17 日第 147 号法令），其后分别于 1971 年、1979 年、1989、1999 年对其进行了修订；②1961 年 6 月 17 日颁布的《核损害赔偿补偿协议法》，又于 1971 年、1988 年对其进行了修订；③1962 年 3 月 6 日颁布的《〈核损害赔偿法〉执行条例》，从而建立了核损害赔偿的国家法律制度，旨在赔偿因核设施运营者从事的反应堆运行、燃料制造、再加工、核燃料材料利用、乏燃料贮存、核燃料材料及其污染的其他材料的处置等引起的核损害。日本核损害责任法律体系确立的赔偿制度规定，核设施运营者应当承担严格责任、唯一责任，必须采取措施以承担起责任，包括签订责任

[1] Available at http://news.163.com/photoview/4JC70001/13551.html#p=6V24CUPD4JC70001, viewed on March 23th, 2011.

[2] Available at http://news.longhoo.net/2011-03/24/content_5243201_2.htm, viewed on March 24th, 2011.

[3] Available at http://news.xinhuanet.com/2011-03/30/c_121249953.htm, viewed on March 30th, 2011.

保险合同和与政府订立补偿合同。[1] 在管辖法院方面，日本也实行单一法院管辖的制度。

具体的有关规定有：

（一）核损害的定义

日本《核损害赔偿法》第2条第2款规定，"本法律中'核损害'是指由于核燃料的核裂变过程的作用，或核燃料或被核燃料污染的物品的辐射作用或毒性作用（指人体摄入或吸入而引起中毒及并发症）而造成的损害"。[2] 可见日本关于核损害的定义与当今主要国际核损害公约有较大不同，其范围要狭窄得多，主要限于造成人身伤亡的核损害。由于日本尚未加入任何国际核责任公约，又实行单一法院管辖原则，在此次福岛第一核电站事故今后可能的处理核损害责任问题的时候将依据《核损害赔偿法》及其他国内有关立法的规定，将会导致由核事故引致的对财产和环境等造成的损害的赔偿要求难以获得法律支持，更勿论由《1997年维也纳公约议定书》、《补充赔偿公约》《巴黎公约》2004年附加议定书所扩大规定的人身伤害或财产损坏引起的经济损失、恢复受破坏环境的措施的费用、由于环境受到重大破坏，致使无论以任何方式使用和享用环境而带来的经济利益所产生收入蒙受的损失、预防性措施的费用等，而这些损失又会是现实存在的，对于其他国家而言，只能通过谈判和协商等政治途径来进行解决。

以1999年10月30日发生的日本茨县东海村核燃料加工厂临界事故（以下简称JOC事故）及其损害赔偿处理为例，JOC事故也是日本适用其《核损害赔偿法》的第一个案例，有利于更好地把握日本对于"核损害"的定义及范围的界定。在JOC事故的实际理赔中，日本科技厅"核损害调查研究组"在其提交的最终报告内，对于JOC事故中哪些属于《核损害赔偿法》第2条第2款规定所定义并应予以赔偿的"核损害"做了界定，一方面，对8种损害予以认定并提出了判定标准，具体包括：人身伤害、医药检查费、疏散费用、财产检查费用、受污染的财产损失、收入损失、因实际影响或因谣言所致

---

〔1〕 蔡先凤："核损害民事责任研究"，武汉大学博士学位论文，2004年5月，第66页。

〔2〕 国家能源局政策法规司：《中外核电相关法律法规选编》（下册），法律出版社2009年版，第233页。

的营业损失、精神伤害。[1] 但另一方面，值得注意的是，在各大核损害公约中均没有明确对精神损害的赔偿，但在 JOC 事故核损害赔偿的实际理赔中，日本科技厅“核损害调查研究组”明确界定，精神损害包含在核损害范围之内。

（二）唯一责任人和严格责任制

日本《核损害赔偿法》第 3 条规定，“在反应堆运行过程中导致核损害，从事反应堆运行的核营运人应对损害负责，……如果损害是由于核营运人之间的核燃料材料运输而引起，作为发货人（托运人）的核营运人应对损害负责，除非核营运人之间存在特殊约定”；第 4 条第 1 款规定，对于本法第 3 条所规定的核损害，除核营运人之外，其他任何人均不负责任。[2]

唯一责任人和严格责任制也不是绝对的，其《核损害赔偿法》第 3 条第 1 款规定，“在第 3 条情况下，该损害是由第三者故意造成时，按同条规定，赔偿损害的核营运人，对该第三者有要求偿还权”，[3] 即在第三者故意造成核损害时，最终真正承担责任的是该第三者。

（三）责任保险和财政保证

日本也实行强制性的财务保证，《核损害赔偿法》规定了三种财务保证制度，即核损害赔偿责任保险，核损害赔偿补偿合同和提交保证金。《核损害赔偿法》第 6 条规定：“核营运人如不采取赔偿核损害的措施，不得进行反应堆运行等事业。”结合第 7 条的规定，“一、损害赔偿措施，……是指核损害赔偿责任保险合同和核损害赔偿补偿合同的签订或委托。……”[4] 其中的核损害赔偿补偿合同即是日本核损害责任制度中政府财政保证所采取的形式。日本核运营人也可以按照法律规定的限额，向政府提存等值的保证金，当核事故发生后，受到伤害的人可以从这个基金中获得赔偿。[5]

---

[1] 蔡先凤：《核损害民事责任研究》，原子能出版社 2005 年版，第 240～241 页。

[2] See Section 3 (1) - (2) and 4 (1) of The Law on Compensation for Nuclear Damage (Law No. 147 of June 17th, 1961, as last amended on Marc h 31st, 1989), in: Supplement to NLB 45, p. 5, 转引自：蔡先凤：“核损害民事责任研究”，武汉大学博士学位论文，2004 年 5 月，第 179、183 页。

[3] 国家能源局政策法规司：《中外核电相关法律法规选编》（下册），法律出版社 2009 年版，第 234 页。

[4] 国家能源局政策法规司：《中外核电相关法律法规选编》（下册），法律出版社 2009 年版，第 234 页。

[5] 圣国龙：“核损害民事责任制度研究”，厦门大学硕士学位论文，第 34 页。

（四）赔偿限额

一般认为日本在核损害赔偿限额方面实行的是无限责任制，日本《核损害赔偿法》对运营者没有最高责任限额的规定，但要求核设施运营者必须有覆盖核损害责任的保险或其它财政保证。这种财政保证可以通过核损害责任保险合同或与政府签订赔偿保障协议或提交保证金的方式实现。[1] 如要求每个核设施必须投保规定的数额，此数额目前是600亿日元（约5.4亿美元或3亿SDR），[2] 如果损害赔偿数额超过这个金额，政府将依据与核运营者签订的核损害赔偿补偿合同为其提供帮助。以此次福岛核电站事故所面临的赔偿为例，日本政府明确表示东电的赔偿责任没有上限。但由于面临的赔偿数额巨大，据估计赔偿总额或超10兆日元（约合1200亿美元），依靠核损害赔偿责任保险合同和核损害赔偿补偿合同显然难以应付，而东电对于日本国民经济的重要性又使得日本政府不得不实施介入行为。据称，东电赔偿所需资金将通过"核电站赔偿机构"（暂定名）向东电贷款和注资，由东电用每年的利润分期进行返还。但考虑到对东电未来经营的担忧，日本政府又拟设立一个"例外规定"，当赔偿金额多到威胁东电生存时，由政府承担部分资金。[3]

但另外一方面我们也应注意到，从《核损害赔偿法》、《核损害赔偿补偿协议法》及其他有关法律的规定中可以看出，日本在赔偿限额方面的做法与各主张有限责任制的主要国际核损害责任公约的做法又是很相似的，即通过核损害赔偿责任保险合同的形式确保一个最低的赔偿限额（目前是600亿日元）。通过核损害赔偿责任保险合同仍不足的部分，则由政府依据与核运营者签订的核损害赔偿补偿合同进行补偿，补偿金额与运营者责任保险数额相同，且不超过国会批准的数额。[4] 从以上事实来看，日本采取的做法也是在核运营者和核损害受害人之间进行平衡，既保障核能和平利用事业可以持续健康发展，也确保对核损害受害者的保护。

---

〔1〕 李雅云："核损害责任法律制度研究"，载《环球法律评论》2002年秋季号。

〔2〕 1999年4月28日通过的《核损害赔偿法》修正案进行修改，原来数额为300亿日元。

〔3〕 Available at http: //news. eastday. com/w/20110424/u1a5856123. html, viewed on April 25th, 2011.

〔4〕 参见《核损害赔偿补偿协议法》第4条第1款规定，"与前条第一项至第三项和第五项所列核损害补偿合同有关的合同金额相当于签订补偿合同中损害赔偿补偿措施的赔偿金额"；《核损害赔偿法》第16条第2款规定，"前款援助应经国会表决，并在政府所属的权限范围内进行"。转引自国家能源局政策法规司：《中外核电相关法律法规选编》（下册），法律出版社2009年版，第236、240页。

（五）诉讼时效

索赔一般应在造成损害的事故发生之日起10年内提出，从受害人知道损害和损害责任人之日起算，但无论如何从事故发生之日起20年内不提出起诉则丧失索赔权。[1] 但受害人仍可以向政府提请赔偿，而不论时间长短。[2]

（六）责任豁免

考虑到日本是地震多发国家，由于地震等造成的损害运营者可以免责，日本《核损害赔偿法》第3条第1款规定，"……但当该损害是由特大天灾地祸或者社会动乱而造成时则不在此限"。[3] 此次福岛第一核电站是否是由于3月11日的里氏9.0级地震造成，目前虽没有这个结论，但存在这样的可能性。若确定由地震引致此次核事故，则显然属于法条中所述的"特大天灾地祸引起的损害"而可以免责的情形。在此情况下的有关赔偿问题，通过运营者与政府达成的《保险核损害赔偿补偿合同》解决。[4]

八、结语

本文主要对核损害责任的国际法律框架进行了简要的介绍，梳理了以《巴黎公约》、1963年《维也纳公约》及其有关条约和议定书为代表的两大机制的立法历程和主要内容。在看到核损害责任国际立法相对完备和科学方面的同时，又不免遗憾地发现，尽管如日本等各国使其国内核责任立法的内容与各大公约保持一致，但有关核损害责任的各大公约并没有得到世界上主要核能大国的支持与加入，因而影响了其进一步扩大影响、发挥作用，未免让人遗憾。笔者认为应当更进一步促进各国政界、法律界人士的沟通与协商，以在核损害责任甚至其他更多方面取得更为广泛的共识，促进各大核损害责任公约适用范围的扩大，进而对国际核能和平利用事业的发展起到推动作用。

---

[1] 李雅云："核损害责任法律制度研究"，载《环球法律评论》2002年秋季号。

[2] 圣国龙："核损害民事责任制度研究"，厦门大学硕士学位论文，第21页。

[3] 国家能源局政策法规司：《中外核电相关法律法规选编》（下册），法律出版社2009年版，第234页。

[4] 《核损害赔偿补偿协议法》第3条规定："政府按前条合同（补偿合同）补偿的损失，是指核事业经营者赔偿下述各项所列核损害而造成的损失。（一）由于地震或火山爆发造成的核损害。……"，转引自国家能源局政策法规司：《中外核电相关法律法规选编》（下册），法律出版社2009年版，第240页。

国际核紧急情况应对体系的建立和运行

张文瑞*

2011 年 3 月 11 日下午日本地震引发大规模海啸，截至日本时间 4 月 24 日 18 时，地震造成至少 14 300 人死亡、11 999 人失踪、伤者（轻、重伤）5 314 人，遭受破坏的房屋 296 538 栋，为日本二战后伤亡最惨重的自然灾害。与此同时，海啸造成福岛核电站水冷却系统瘫痪，核反应堆内冷却水水位下降、压力升高，之后接连发生氢气爆炸。截至 4 月 12 日，日本原子力安全保安院将本次事故由原先的第 4 级升至国际核事件分级表中的第 7 级，亦是最高级别。

国际原子能组织对地震海啸及其引起的核电站事故从地震发生当天（世界协调时间 8 点 30 分[1]）就予以全面的跟踪，在网站上及时公布经日本官方证实的关于

---

* 作者系中国政法大学国际法学院硕士研究生。

〔1〕“Fukushima Nuclear Accident Update Log”, http://www.iaea.org/newscenter/news/2011/fukushima110311.html.

世界协调时间：又称世界统一时间，世界标准时间，国际协调时间，简称 UTC。它从英文“Coordinated Universal Time”而来。

核事故的消息，为成员国和其他国家以及平民提供了可靠的消息。对于可能造成跨境影响的核紧急事件的快速反应，依赖于自切尔诺贝利核电站事故以来国际社会的共同努力，特别是国际原子能组织发挥的领导和协调作用，尤其是自有关国际条约签署以来建立的“国际应对体系”发挥的无法取代的作用。

一、背景介绍

国际原子能组织的成立始于《国际原子能机构规约》（以下简称《规约》）的生效。1956 年 10 月 26 日，国际原子能组织规约大会在联合国总部举行，会议就组织的重要机构和事项进行了讨论，如：理事会的组成，大会和理事会的职权及相互关系等等，经过与会各国的商讨，规约草案获得一致通过。自 1956 年 10 月 26 日起供联合国或任何专门机构各成员国签字，根据《规约》“第 21 条签署、接受与生效”E 款[1]的规定，规约自 1957 年 7 月 29 日生效，国际原子能组织也于当日成立。

如《规约》所述国际原子能组织的目标是扩大原子能对世界和平健康及繁荣的贡献，防止其被用于任何军事目的[2]。该组织成立四十余年以来，在其带头下签署了一系列促进核能和平利用和应对核事故的公约和条约，其中的《核安全公约》、《及早通报核事故公约》、《核事故或辐射紧急情况援助公约》是目前国际上共同应对核事故的法律基础。

国际社会对核事故的关注起始于三里岛核事故和切尔诺贝利核事故的发生，这些核灾难的发生使人们认识到在核安全领域进行国际合作的重要性。[3] 为了应对可能发生的世界性核事故，《及早通报核事故公约》、《核事故或辐射紧急情况援助公约》应运而生。这两个公约于 1986 年 9 月 26 日通过，并于同年 10 月 27 日生效，我国于 1986 年 9 月 26 日签署了两份公约，并同时提出对公约规定的争端解决程序作出保留。[4] 截止到 2010 年 10 月 6 日，《及早通

---

[1] 本规约，除附件外，一俟十八国依本条 B 款（“签署国于交存批准书后成为本规约当事国。”）交存批准书即生效。十八国至少应包括下列国家中的三个国家：加拿大、法国、苏维埃社会主义共和国联盟、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。此后交存的批准书及接受书应自收到之日起生效。

[2] 第二条目标，机构应谋求加速和扩大原子能对全世界和平、健康及繁荣的贡献。机构应尽其所能，确保由其本身、或经其请求、或在其监督或管制下提供的援助不致用于推进任何军事目的。

[3] 高宁：《国际原子能机构与核能利用的国际法律控制》，中国政法大学出版社 2009 年版，第 77 页。

[4] 刘惠荣：《国际环境法》，中国法制出版社 2006 年版，第 194 页。

报核事故公约》的成员国已经有109个[1]，而到同年3月10日，《核事故或辐射紧急情况援助公约》的成员国也已经达到105个[2]。作为国际社会应对跨界核事故的基础，两个公约建立了在核或放射性紧急事态下便于信息交流和及时提供帮助的国际体系，因此也被称作“应急公约”（Emergency Conventions）[3]。

“应急公约”中明确赋予了国际原子能组织对于引起和可能引起放射性物质释放、并已经造成或可能造成对另一国具有辐射安全重要影响的超越国界的国际性释放的任何事故中通知各缔约国、成员国和可能受影响的其他国家和政府间国际组织，并向上述各方提供公约中相关条款规定的情报的职责[4]；同时在核事故或辐射紧急情况发生时，协助缔约国或成员国应对的责任[5]。

---

[1] Latest status of "Convention on Early Notification of a Nuclear Accident", see http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/cenna_ status.pdf.

[2] Latest status of "Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency", see http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/cacnare_ status.pdf.

[3] "Legal basis", see http://www-ns.iaea.org/conventions/emergency.asp? s=6.

[4] 《及早通报核事故公约》第4条，机构的职责机构应：

A，立即将依据第2条a项所收到的情报通知各缔约国、成员国、第1条所规定的实际受影响或可能会实际受影响的其他国家和有关政府间国际组织（以下简称为“国际组织”）；并

B，根据请求迅速向任何缔约国、成员国或有关国际组织提供依据第2条b项收到的情报。http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infcircs/Others/Chinese/infcirc335_ ch.pdf.

[5] 《核事故或辐射紧急情况援助公约》第5条，机构的职责：

缔约国请求机构按照第1条第3款和在不妨碍本公约其他条款的情况下做到：

（a）向各缔约国和成员国收集和传播有关下列情报：

（i）在发生核事故或辐射紧急情况时可以动用的专家、设备和物资；

（ii）关于核事故或辐射紧急情况应急的方法、技术和可供使用的研究成果；

（b）当任一缔约国或成员国在下列任何事项或其他有关事项上提出请求时，协助其：

（i）制定有关核事故和辐射紧急情况的应急计划和有关法律；

（ii）制定适当的培训计划，培训处理核事故和辐射紧急情况的人员；

（iii）在发生核事故或辐射紧急情况时传递援助请求和有关情报；

（iv）制定适当的辐射监测计划、程序与标准；

（v）进行关于建立适当的辐射监测系统的可行性调查；

（c）在发生核事故或辐射紧急情况时向请求援助的缔约国或成员国提供用于对此事故或紧急情况进行初步评价目的的适当资源；

（d）在发生核事故或辐射紧急情况时在各缔约国和成员国之间起中介作用；

（e）与有关国际组织建立并保持联络，以便获取和交换有关情报和资料，并向各缔约国、成员国以及前述各组织提供这类组织的名单。http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infcircs/Others/Chinese/infcirc336_ ch.pdf.

为了完成公约赋予的职责、协调国际间的力量有效应对核事故，尽可能的减少核或放射性事故对环境、健康和财产的影响，国际原子能组织做出了不懈的努力，二十余年间其成立了相关机构并通过了相关决议，目前已经形成了以国际原子能组织为中枢，成员国为基点，同时协调其他国际组织共同有效应对跨国核事故的有力的"国际应对体系"(International Response System)。[1]

二、国际原子能机构应对跨界核事故的国际体系的基础

基于"应急公约"的规定，"国际应对体系"针对的情况包括：放射性物质释放，以及已经造成或可能造成对另一国具有辐射安全重要影响的超越国界的国际性释放的任何事故。其中涉及的设施和活动包括：①不论在何处的任何核反应堆；②任何核燃料循环设施；③任何放射性废物管理设施；④核燃料或放射性废物的运输和贮存；⑤用于农业、工业、医学和有关科研目的的放射性同位素的生产、使用、贮存、处置和运输；⑥用放射性同位素作空间物体的动力源。[2]

为了统一应对核事故的标准、协调不同成员国的应对措施，从而便于在地区和国际层面上共同应对跨界核事故，国际原子能组织大会以 GC(46)/RES/9 决议的形式通过了《核或放射性紧急情况的准备与应对》(Preparedness and Response for a Nuclear or Radiological Emergency)[3]。作为国际原子能组织"国际应对体系"的法律基础(legal basis[4])之一，文件中包括了紧急情况的应对和准备要求，综合并详细论述了国际原子能其他文件中的相关内容，为成员国和其他组织提供了参照标准。其中的第 4 章"功能性准备"对紧急情况的应对作了系统的规定，从事故发生初期的"建立紧急情况管理和执行部门"、"识别、通知和启动程序"，到中期的"采取移民措施"、"保护抢险工作人员"，一直到最后阶段的"农业和防止摄入措施，以及长期防护行动"，贯穿了核或放射性事故应对的整个过程，在每个阶段又分为"应对"

[1] "International Response System", see http://www-ns.iaea.org/tech-areas/emergency/international-response-system.asp? s=1&l=4#2.

[2] 参见《及早通报核事故公约》第 1 条。

[3] Legal Basis > Requirements No. GS-R-2, see http://www-ns.iaea.org/conventions/emergency.asp? s=6#3.

[4] "Legal Basis", see http://www-ns.iaea.org/conventions/emergency.asp? s=6.

(response) 和“准备”(preparedness),希望以此更好地达到应对要求[1]。

两个“应急公约”和《核或放射性紧急情况的准备与应对》共同构成了国际原子能机构应对跨界核事故的“国际应对体系”的基础,特别是后者在公约授权的基础上将义务进一步细化,为各成员国和有关的政府间国际组织提供了指引。在此基础上,国际原子能组织建立了内部应对系统,以便更好地应对核紧急事态。

三、国际原子能组织的应对系统(IAEA's Response System)及其中枢作用

为了完成“应急公约”和《核或放射性紧急情况的准备与应对》提出的要求,应对日益增多的核物质的扩散和使用,尽可能地减少跨境核紧急事件造成的影响,国际原子能组织成立了“突发事件中心”(IEC: Incident and Emergency Center),作为全球核紧急事件应对系统的重点机构。其职能主要有:①保持每周 7 天每天 24 小时的警戒状态,时刻准备协调并提供针对核紧急事件的请求;②通过已经建立的与成员国间的网络,使对紧急事件的应对更加快速及时,且可以应对各种核设施设备造成的事故;[2] ③为加强成员国应对核紧急情况的能力制定标准和指引;④组织成员国参加应对核事故的演习和训练;⑤便利成员国之间和相关国际组织间信息的有效交流,及时回馈求助,同时建立应对程序。[3]

在上述职能中,最值得一提的是“突发事件中心”出台的一系列指导手册和指南,为明晰国际原子能组织本身、成员国以及相关政府间国际组织在应对核紧急事件中各自应尽的义务提供了指引,这其中最具代表性的是《紧急情况通知和应对技术操作手册》(ENATOM: Emergency Notification and Assistance Technical Operations Manual)(以下简称《手册》)。《手册》首次出版于 1989 年 1 月 18 日,在此之后一直随着技术的发展、标准的改变、相关指南

---

[1] “Preparedness and Response for a Nuclear or Radiological Emergency”, FUNCTIONAL REQURIREMENTS, see http: //www - pub. iaea. org/MTCD/publications/PDF/Pub1133_ scr. pdf.

[2] ENATOM 2007 (Emergency Notification and Assistance Technical Operations Manual 2007), 2 THE IAEA INCIDENT AND EMERGENCY SYSTEM, Page 9.

http: //www - pub. iaea. org/MTCD/publications/PDF/ENATOM2007_ web. pdf.

[3] “Incident and Emergency Center”, see http: //www - ns. iaea. org/tech - areas/emergency/incident - emergency - centre. asp.

的更新以及成员国的期望而改变，最近更新的《手册》出版于2006年12月1日[1]，其中详细说明了：由“突发事件中心”管理核紧急事件系统的结构、目标、职能，其中职能包括官方信息的交流、提供援助和公共信息、终结以及后续行动；《应急公约》的签署国家和国际组织为应对紧急情况应该做出的准备包括：报警点（warning point）的建立、其所应该具备的功能和完成的任务、与“突发事件中心”的联系、应对紧急情况的演习，其中的规定非常细致甚至可以具体到“突发事件中心”对公约签署国递交联系方式的检查和确认；核紧急情况的准备工作，此部分《手册》按照事故分类从国际原子能组织和公约签署国双方的角度对准备工作进行了说明。[2] 通过《手册》的指引，相关各方可以将公约施加的义务具体地转化成可以执行的标准进行统一的准备，同时细致地了解了整个系统的运作过程，这些可以使核事故的应对更加有效。

除了上述的准备性工作之外，国际原子能组织建立了“反应与援助网络”（RANET：Response Assistance Network），以便在核紧急情况出现时为需要帮助的国家提供及时有效的援助。“反应与援助网络”的前身是成立于2000年的“紧急状况反映网络”（ERNET：Emergency Response Network），其旨在对地区层面有效的应对核紧急情况并提供援助。为了让更多的成员国加入，2005年7月举行的“主管当局第三次会议”通过了新的草案，对原先的网络进行了全新的定义，解决了之前阻碍成员加入的问题，同时被更名为现在的“反应与援助网络”。[3] 现有网络旨在在核紧急事态发生时为求助的国家提供及时有效的国际援助，协调各国提供的援助，在平时管理统一各国的援助能力，鼓励所有国际原子能组织的成员国加入援助网络。通过网络，求助国家可以在核紧急情况发生时获得：国际原子能组织提供的官方信息；国际原子能组织和其他国家提供的准备和应对的技术建议；在可能或已经发生辐射照

[1] ENATOM 2007 (Emergency Notification and Assistance Technical Operations Manual 2007), Foreword. See http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/ENATOM2007_web.pdf.

[2] ENATOM 2007 (Emergency Notification and Assistance Technical Operations Manual 2007), see http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/ENATOM2007_web.pdf.

[3] Response and Assistance Network 2010, Foreword. See http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Ranet2010_web.pdf.

射时获得的医疗建议和援助；放射性检查和现场验证方面的技术性支持。[1]

综上所述，国际原子能组织成立了管理核紧急事态的专门机构——“突发事件中心”，统一协调处理全球范围内的跨境核紧急事件，为及时有效应对提供了组织上的保障；出台了《紧急情况通知和应对技术操作手册》，使公约施加的义务更具操作性，无论在紧急情况尚未发生时的准备还是已经发生时的应对都明确具体；建立了全球援助网络，使条约具有现实意义上的效力，使急需援助的国家得到及时有效的帮助。国际原子能组织发挥了中枢纽带的作用，将“应急条约”转化成为现实的应对能力，使包括组织、条约签署国以及组织成员国在内的各方具有现实的应对能力，使全球核紧急事态的有效及时应对成为可能。

四、协调其他相关政府间国际组织共同应对跨境核紧急事件

为了有效应对跨境核紧急事件，将其影响减至最小，国际原子能组织需要借助其他政府间国际组织的援助，通过他们在各自领域内的专业技术来共同完成公约赋予的职责。比如在制定共同应对核紧急事件的标准方面，联合国粮农组织、国际劳工组织、世界卫生组织、经合组织核能机构等国际组织就共同参与制定了《核或放射性紧急情况的准备与应对》，发挥其在专业领域的特长，为国际应对系统的法律基础文件提供了权威性的标准。

在这些公约组织中，有的本身就是“应急公约”的缔约方，如：欧洲原子能共同体（EURATOM）、联合国粮食与农业组织（FAO）、世界卫生组织（WHO）、世界气象组织（WMO），有的因其专业领域和本身的性质与核紧急事件的应对与援助有关，如：国际民航组织（ICAO）、国际海事组织（IMO）等，有的区域性组织因为其本身出台的规定与此领域相关，如：欧盟（EC）、美洲健康组织（PAHO），还有的是因为国际组织间的双边条约的签署而负有共同应对跨境核紧急事件的责任。[2]

---

〔1〕 Response and Assistance Network 2010, 2 Response and Assistance Network, see http://www-pub.iaea.org/MTCD/publications/PDF/Ranet2010_web.pdf.

〔2〕 Inter-Agency matters, International organizations in emergency preparedness and response, see http://www-ns.iaea.org/tech-areas/emergency/inter-agency-matters.asp? s=1&l=4#4.

因为公约明确赋予的职责[1]，国际原子能组织组建了“应对核及放射性事故机构间委员会”（IACRNE：Inter – Agency Committee on the Response to Nuclear and Radiological Accidents）并且担任主席，以组织和协调政府间国际组织共同应对跨境核事故，其主要工作是：共同应对跨境核事故、协调统一跨境核或者放射性紧急事件的准备和应对的国际标准、在组织间交换相关的信息等等。[2] 目前该委员会已经有 15 个成员[3]。

同时，在“良好的准备工作可以在很大程度上提高核紧急事件的应对效果”的共识下，委员会制定了《国际组织放射性紧急事件共同处理计划》（JPLAN：Joint Radiation Emergency Management Plan of the International Organizations），以保证国际组织共同应对核紧急事件取得良好的效果。《计划》中并未特意为各国际组织施加义务，而是记录了各组织对核紧急事件的准备和应对工作的共同认识，共分为介绍、计划基础（Planning Basis）、紧急事件的准备工作（Emergency Preparedness）、紧急事件的应对（Emergency Response）四个部分。其中详细介绍了成立“委员会”的目的：为有关国际组织明确关于核紧急事件应对扮演角色、目标、义务及准备工作的共同认识；便利有关国际组织在实际问题上达成一致；提醒缔约国和国际组织注意发展相互兼容的准备工作等等。[4]

---

[1] 《核事故或辐射紧急情况援助公约》第 5 条，机构的职责：

（e）与有关国际组织建立并保持联络，以便获取和交换有关情报和资料，并向各缔约国、成员国以及前述各组织提供这类组织的名单。

[2] Inter – Agency matters, International organizations in emergency preparedness and response, Inter – Agency Committee on Radiological and Nuclear Emergencies – IACRNE. See http: //www – ns. iaea. org/tech – areas/emergency/inter – agency – matters. asp? s = 1&l = 4#4.

[3] European Commission (EC), the European Police Office (EUROPOL), the Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), the International Atomic Energy Agency (IAEA), International Civil Aviation Organization (ICAO), the International Maritime Organization (IMO), the United Nations Scientific Committee on the Effects of Atomic Radiation (UNSCEAR), the International Criminal Police Organization (INTERPOL), the Nuclear Energy Agency of the Organisation for Economic Co – operation and Development (OECD/NEA), the Pan American Health Organization (PAHO), the United Nations Environment Programme (UNEP), the United Nations Office for the Co – ordination of Humanitarian Affairs (UN/OCHA), the United Nations Office for Outer Space Affairs (UN/OOSA), the World Health Organization (WHO), and the World Meteorological Organization (WMO).

[4] “Joint Radiation Emergency Management Plan of the International Organizations”, Introduction, see http: //www – pub. iaea. org/MTCD/publications/PDF/EPR – JPLAN_ 2010_ web. pdf.

同样值得注意的是“委员会”还是“国际紧急情况应对演习”（International Emergency Response Exercise）的协调点（coordination point），为使演习更加有效的计划、执行，并且在结束后能够得到客观正确的分析总结，“委员会”专门成立了“共同国际演习工作组”（Working Group on Joint International Exercises）。[1]“国际紧急情况应对演习”至今已于2005年5月11至12日和2008年7月9至10日进行了两次，2012年的演习还在计划之中。以2005年的演习为例，其以罗马尼亚的Cernavoda核电站发生核事故为脚本，并且详细预设了在其后30个小时之内泄漏的核物质种类和数量，以及泄漏发生过程中的气象条件，以此为核物质的扩散速度提供参考，演习的目的是测量和评估核事故发生后参与演习的各国和国际组织之间信息交换的及时性以及提供援助的协调性[2]。在演习结束后发布的报告Exercise Report of ConvEx－3（2005）中，“工作组”对参与演习的62个国家和8个国际组织从管理（Management area）、沟通（Communications area）、技术（Technical area）、为公众提供相关信息（Public Information area）等四个方面进行了评估，最后的得分有优秀（Excellent）、及格（Satisfactory）、不及格（Unsatisfactory）三个等级，对于演习中暴露的问题也分为危险（Critical）、严重（Major）、轻微（Minor）三个等级。这种国际性演习为各缔约国和国际组织提供了检验缺陷和改进的机会，及时地分析和总结演习中发生的问题也使改进目前国际应对体系中存在的问题成为可能，具有非凡的现实意义。

通过上述机构的建立和文件的出台，国际原子能组织成功地协调组织了相关政府间国际组织的力量来共同应对可能发生的核紧急事件，并且防患于未然积极组织相互兼容的准备工作，以此达到事故发生时更加有效应对的效果。与此同时，协调各缔约国和国际组织参与国际性演习，对各成员方的表现进行评估和总结，使及时改进现存系统中的问题成为可能。

五、联系主管当局（competent authority）充分发挥其能量

主管当局（competent authority）被“应急公约”明确赋予了核或放射性

---

[1] “Inter－Agency matters, International Exercises”, see http://www－ns.iaea.org/tech－areas/emergency/inter－agency－matters.asp? s＝1&l＝4.

[2] Exercise Report of ConvEx－3（2005）, see http://www－ns.iaea.org/downloads/iec/convex－3.pdf.

紧急事件发生时发出和接受信息的权利[1]，为了加强各主管当局间的合作，在紧急情况发生时更好地协作，国际原子能组织从2001年开始每两年举行一次主管当局会议，到目前为止已经举办了五届。[2] 为了协调和便利各主管当局为国际准备和应对体系做出贡献，第二届主管当局会议以决定的形式成立了“国家主管当局协调工作组”（NCACG：National Competent Authorities' Coordinating Group），工作组由区域性代表组成，共分为非洲、亚洲、东西欧、南北美六个区域，每个区域的代表由各自区域内的与会缔约国推举，之后由会议表决通过，为防止推举的代表不能得到会议支持而不能产生区域性代表的情况发生，还要同时推举两个替补代表。经过会议表决担任区域代表的国家分别是：尼日利亚、中国、加拿大、荷兰、斯洛文尼亚和巴西。[3] “工作组”的成立和区域性代表的产生为更加有效的沟通和更好的协调提供了保证，在核紧急情况的应对中，各主管当局会更加有效地协调应对和执行国家原子能组织的援助计划。

为了充分发挥缔约国和主管当局的作用，加强国际紧急情况准备和应对系统，“工作组”成立后不久就同国际原子能组织秘书处共同制定了旨在改进现存系统问题，提高各主管当局应对能力的《旨在加强世界核和放射性紧急情况准备响应系统的国际行动计划》（International Action Plan for Strengthening the International Preparedness and Response System for Nuclear and Radiological Emergencies），计划草案在2004年4月秘书处举行的技术性会议上，由37个成员国、1个国际组织以及49个高级专家审议确定[4]，并在同年6月的国际原子能组织理事会上获得批准[5]。

---

[1] 《及早通报核事故公约》第7条和《核事故或辐射紧急情况援助公约》第4条。

[2] "Member States' Competent Authorities", see http://www-ns.iaea.org/tech-areas/emergency/member-states-competent-authorities.asp? s=1.

[3] "Meeting of the Representatives of Competent Authorities, Report of the Second Meeting", see http://www-ns.iaea.org/downloads/iec/comp-auth-2003-final-meeting-report.pdf.

[4] "International Action Plan for Strengthening the International Preparedness and Response System for Nuclear and Radiological Emergencies", Preamble http://www-ns.iaea.org/downloads/rw/action-plans/ers-action-plan.pdf.

[5] "Member States' Competent Authorities, International Action Plan for Strengthening the International Preparedness and Response System for Nuclear and Radiological Emergencies", see http://www-ns.iaea.org/tech-areas/emergency/member-states-competent-authorities.asp? s=1.

《计划》主要分为国际交流（international communication）、国际援助（international assistance）、可持续使用的基础设施（sustainable infrastructure）三个部分，每个部分都分为目标（GOAL）、问题（ISSUES）、采取的行动（ACTIONS）三个部分，而采取的行动部分又会在列明行动内容后分为：期望结果（DISERED OUTCOME）和时间安排（TIMING）两部分。以“国际交流部分”为例：目标是建立世界一致的有效交流系统；问题是现有交流系统因国而异，包括电话、传真、调制解调器、互联网以及点对点的视频通信，同时对交流信息的内容也缺乏统一的规定；采取的行动包括：在明确现有交流方式的基础上，定义对交流的一致性要求，制定强化交流的策略，时间安排：从2004年开始进行，2005年6月的第三次主管当局会议后发布形成共识的文件。[1]

作为应对跨境核事故的基点和最小单位，各主管当局在国际原子能组织的统一规划之下，在“国家主管当局协调工作组”的统一协调和《旨在加强世界核和放射性紧急情况准备应对体系的国际行动计划》的规范下，正在为国际紧急情况准备和应对体系做出不可替代的贡献。

六、总结

国际原子能组织在应急条约的授权之下，对核或放射性紧急事件进行了系统有效的应对，在二十余年的时间里，形成了以其为核心、协调各政府间国际组织力量、组织各缔约国内的主管当局共同应对可能发生的跨境核紧急事件的“国际应对体系”。

其对于国际共同应对紧急事件的探索和形成的模式值得国际社会的关注：首先，在国际公约的授权下发布相关文件（如：《核或放射性紧急情况的准备与应对》），以此充实应对核紧急事件的法律基础、统一标准、明晰各方责任，在使框架性的“应急公约”更加具体和可执行的同时也使各方统一了认识、明确了自己应尽的义务和职责；其次，在明晰各方义务和确立统一标准的基础上，成立机构（如：突发事件中心）统一负责有关事务，使工作的开展更加有效；再次，发布手册和指导性质的文件（如：《紧急情况通知和应对技术操作手册》），为具体工作的展开进一步明确方向和要求；最后，在之前所有

---

〔1〕“International Action Plan for Strengthening the International Preparedness and Response System for Nuclear and Radiological Emergencies”, see http://www-ns.iaea.org/downloads/rw/action-plans/ers-action-plan.pdf.

准备的基础上开展工作，比如：建立“反应与援助网络”，举行“国际紧急情况应对演习”等等。这种“具体义务—建立机构—确定标准—完成任务”的成功模式的建立，保证了“国际原子能机构”成功将“应急公约”的框架性规定转化成现实存在、具体可行的“国际应对体系”，使全球统一应对核紧急情况成为可能。

在此次日本核事故中，国际原子能机构凭借其成功建立和运作的体系，在地震发生2小时44分之后就在其官方网站上通报了其“突发事件中心”获得的离地震震中最近的4个日本核电站的消息，并且已经向日本发出了是否需要援助的问询[1]。在其后的更新中，国际原子能组织通过日本官方的“核与工业安全机构”（NISA：Nuclear and Industrial Safety Agency）不断获得和发布已经证实的官方消息，为全球其他国家应对核泄漏事故提供及时准确的信息，充分证明了“国际原子能机构应对系统”应对可能发生的跨境核事故的高效和有力。

此次日本核事故是自切尔诺贝利核电站事故以来危害最重、影响最广的核事故，其在为现有国际应对体系提出挑战的同时也将催生新的公约、双边及多边条约，这在丰富现有的国际核安全法律框架的同时，也会为现有体系的继续有效运行提出挑战，国际原子能组织能否成功解决这些即将面对的问题还需要进一步的跟踪分析。

---

[1] “Fukushima Nuclear Accident Update Log”, see http://www.iaea.org/newscenter/news/2011/fukushima110311.html.

核电领域国际法体系概述

陈思佳*

一、核能利用概述

（一）核能的原理、用途和优势

核能，又称原子能，是原子核内蕴藏的能量，通过转化其质量将能量从原子核中释放出来，形成具有应用意义上的核能。核能可分为三类：①裂变能，重元素（如铀、钚等）的原子核发生分裂时释放出来的能量；②聚变能，由轻元素（氘和氚）原子核发生聚合反应时释放出来的能量；③原子核衰变时发出的放射能。

核能与化学能的区别在于，化学能是靠化学反应中原子间的电子交换而获得能量。例如煤或石油燃烧时，每个碳或氢原子氧化过程中，只能释放出几个电子伏能量，而核能则靠原子核里的核子（中子或质子）重新分配获得能量，这种能量大得出奇。例如，每个铀原子核裂变时，就能放出2亿电子伏能量，所以1kg铀裂变时释放出来的能量相当于2500吨标准煤。等量的聚变燃料

* 作者系中国政法大学国际法学院硕士研究生。

在聚变时释放出来的能量又比裂变能大4～5倍。目前，人类主要通过核裂变的方式获得核能，核聚变将是今后研究和利用的重点。

自1939年，德国科学家奥托·哈恩首次发现了核裂变。1945年，美国在新墨西哥州的阿拉莫戈多（Alamagordo）进行了全世界第一次核武器试验。1945年8月，美国在日本广岛和长崎上空连续投下两枚原子弹，使这两个城市转眼之间变成了废墟，死伤数十万人，数万人死于核子尘埃放射引起的癌症。[1]

1951年12月，美国在爱达荷国家反应堆试验中心使用实验增殖反应堆（EBR I）第一次产生了电流，EBR I的电功率为100kw，足够满足这座小反应堆中的设备用电需要。[2] 1953年12月6日，美国艾森豪威尔总统在“原子与和平”的报告中提出支持发展核电的政治倡议，打开了国际合作和平利用核能的大门。1954年6月26日，在俄罗斯首都莫斯科附近的奥布宁斯克（Obninsk）镇，世界第一台核电机组首次连接到电网为当地居民和工业供电。[3]

从上述核能被人类应用的发展轨迹可以看出，核能最开始是应用于军事领域——制造具有大规模杀伤性的核武器，世界大战平息后，核能的应用开始向和平领域扩张——核能发电。

随着核能技术的不断提高，核能已经在医学、食品加工、资源探测、航空航天等多个领域得到了更广泛的应用。核放射和核药物对确诊和治疗癌症有很大的功效。利用核技术可以消灭食物和植物中的病毒和细菌，从而延长食物的有效期。[4] 核技术对食品的另一益处是改变植物基因、培育农业良种、提高农作物质量和产量。[5]

核能之所以获得了如此广泛的研究和应用，是因为其自身具备相当多的

---

〔1〕 新浪网：http://news. sina. com. cn/c/2005-05-09/11305838190s. shtml，访问时间：2011年5月3日。

〔2〕 中国国家原子能机构网站：http：//www. caea. gov. cn/n16/n1223/75589. html，访问时间：2011年5月3日。

〔3〕 中国国家原子能机构网站：http：//www. caea. gov. cn/n16/n1223/75589. html，访问时间：2011年5月3日。

〔4〕 马栩泉：《21实际可持续发展能源丛书——核能开发与应用》，化学工业出版社2005年版，第5章。

〔5〕 国际原子能机构发布“2006年核技术评议报告”，载《国外核新闻》2006年11期，第2～7页。

优势，主要有：

1. 核能是清洁能源。截至2004年12月，世界上共有30个国家和地区共441座反应堆投入商业运营，装机容量36 742.2万千瓦。核电在全球供电量中所占比重约为16%。[1] 与燃烧矿物质的火力电站相比，核电站不释放二氧化碳、硫和一氧化碳。目前一座百万千瓦级的燃煤电厂，每年产生二氧化碳650万吨，二氧化硫1700吨，氮氧化物400吨，还有大量的灰尘、固体颗粒等，电力工业发展正经历着环保这一瓶颈。就2004年16%的核电发电量来说，一年就相应减少了62万多吨的二氧化硫的排放。产业化发展核电，对于保护全球生态环境，抑制温室效应，促进能源与经济社会的可持续发展，将起到十分重要的作用。

2. 核能是经济高效能源。1公斤铀裂变产生的热量相当于1公斤标准煤燃烧后产生热量的270万倍，故核能电厂所使用的燃料体积小，运输与储存都很方便，一座1000百万瓦的核能电厂一年只需30公吨的铀燃料，一航次的飞机就可以完成运送。另外，根据已运行核电站的经验表明，虽然核物质具有放射性危险的特点决定了核设施、核电站的安全级别高，防护设施多，导致核电站自身的造价比火电站昂贵，但由于燃料费和运输费较低，核电成本仍比火电成本低。随着核电技术的日渐提高，成本还将继续降低。

3. 核能是可持续发展的保障性能源。世界上已探明的铀储量约490万吨，钍储量约275万吨。这些裂变燃料足够使用到聚变能时代。聚变燃料主要是氘和锂，海水中氘的含量为0.034克/升，据估计地球上总的水量约为138亿亿立方米，其中氘的储量约40万亿吨，地球上的锂储量有2000多亿吨，锂可用来制造氚，足够人类在聚变能时代使用。按目前世界能源消费的水平，地球上可供原子核聚变的氘和氚，能供人类使用上千亿年。因此，有些能源专家认为，只要解决了核聚变技术，人类就将从根本上解决能源问题。[2]

（二）国际核电发展情况

如前所述，人类对核能的利用是从军事领域开始的，直到今天，核能依

---

〔1〕 国家原子能机构网站数据：http：//www.caea.gov.cn/n16/n1223/46598.html，访问时间：2011年5月3日。

〔2〕 国家原子能机构网站数据：http：//www.caea.gov.cn/n16/n1253/n1448/73374.html，访问时间：2011年5月3日。

然是军备研究的重点，核武器被视为一国军事实力强有力的象征。不能否认核武器在国防安全方面所具有的积极意义，但是如果核武器被滥用于侵略、报复、恐怖主义，那么将会给人类带来前所未有的伤害，因此国际社会对核武器的关注一直有增无减，伊朗核问题、朝鲜核问题、美俄核裁军问题等都表明军事领域的核问题还远没有解决。但是由于军事领域的核问题更多地涉及国家间政治、外交的博弈，风云变幻，不确定性较大，所以本文倾向于就核能在和平领域的应用——核能发电进行论述。

1. 国际核电发展历史沿革。自 1954 年苏联建成世界上第一座核电站起至今，半个世纪的时间里，核电发展经历了 20 世纪 60 年代的核电试验性发展阶段，20 世纪 70 ~ 80 年代的快速发展阶段，20 世纪 80 年代到 21 世纪初的缓慢发展阶段以及 21 世纪以来的复苏阶段。

（1）20 世纪 50 ~ 60 年代是核能用于发电的试验阶段。继 1954 年苏联奥布宁斯克核电站之后，美国于 1956 年投入运行了第一台核电机组，即电功率为 4 500kw 的沸水堆机组，1957 年 12 月建成了希平港（Shipping Port）压水堆核电站，1960 年 7 月建成了德累斯顿沸水堆核电站。法国和英国在 1956 年也各建成一台石墨气冷堆机组。到了 20 世纪 60 年代，德国、日本、加拿大等国的核电工业相继发展起来，总装机 1223 万千万，最大单机容量 60. 8 万千瓦。这些早期的实验性活动，为后来核电技术的进一步发展积累了宝贵的经验。[1]

（2）20 世纪 70 ~ 80 年代是核电的迅速发展阶段。在这段时期内，国际核电技术稳步提高，核电机型更新换代，70 年代欧美国家爆发的石油危机，更是成为核电发展的助推器，核电技术被越来越多的国家掌握，除前苏联、美、英、法等国外，印度、巴西、阿根廷等发展中国家也建成了一批核电站。[2]

（3）20 世纪 80 年代至 21 世纪初是核电发展停滞阶段。受 1979 年美国三里岛核电厂事故和 1986 年苏联切尔诺贝利核电站事故的影响，国际核电发展形势急转直下。公众对核安全疑虑重重，在恐惧心理的驱使下，对是否继续

〔1〕 刘芳：“核电领域国际法和国内法问题研究”，华北电力大学 2009 年硕士学位论文，第 5 页。

〔2〕 中国国家原子能机构网站数据：http：//www. caea. gov. cn/n16/n1223/46598. html，访问时间：2011 年 5 月 3 日。

发展核电产生了争论，形成了反对发展核电的势力。在这种情况下，即使是采取继续发展核电政策的国家，公众和政府对核电安全的要求也不断提高，致使核电设计更复杂、政府审批时间加长、建造周期加长、建设成本上升，核电的竞争力下降。德国政府于2002年4月26日宣布2001年通过的《全面禁止核能法案》于4月27日起正式生效。据德国政府发布的新闻公告介绍，新法案的正式名称为《有序结束利用核能进行行业性生产电能法》。另一些国家如奥地利、荷兰、意大利等国也放慢节奏甚至停止发展核电。核电的发展迈入了停滞时期。

（4）21世纪以来是核电发展的恢复时期。进入21世纪以来，核电安全技术经过数十年的发展，已日渐成熟。[1] 同时，世界原油、天然气、矿物质原材料的价格持续攀升，环境污染和气候变暖进一步加剧，使得核电又重新被重视，甚至被视为维护国家能源安全的保障性能源。欧共体重申依靠核能减少温室气体排放，美国表示将考虑建造新核电厂。瑞典曾于1980年决定逐步放弃核能，但现已决定推迟关闭核反应堆，民意测验表明大部分瑞典人赞成继续实施核电计划。核电的发展逐步复苏。

虽然近日发生的日本福岛核电站泄漏事故，让人们核安全的神经又紧张了起来，世界各核电大国也纷纷作出反应，我国核电项目的审批也一度受挫[2]。但是笔者认为，在现在的国际能源局势和环境局势下，发展核电是弥补能源缺口、减少温室气体排放行之有效的途径，今后继续发展核电的大方向不会改变。

2. 国际核电发展所面临的主要问题。

（1）核电设备更新换代缓慢。如前所述，核电技术从最初的石墨沸水堆到压水堆再到轻水堆，已经经历了至少三次飞跃，目前世界各国正在积极开

---

[1] 20世纪70年代至80年代，世界核电的发展形成系列化建设的机型有：压水堆、沸水堆、重水堆、石墨水冷堆、石墨气冷堆等。自从三里岛及切尔诺贝利核电事故之后，为了开发更安全、更经济的先进轻水堆核电技术，制定了用户要求文件（URD）及欧洲用户要求文件（EUR），世界核电供应商按这些文件的要求，在各自形成批量生产机型的基础上作了改进，开发了如下一些核电机型：如AP600、APWR－1000、APWR－1300、system50＋、ABWR、^Es－91、AEs－92、EPR等。

[2] 中国科学院图书馆兰州分馆数据：http：//www.llas.cas.cn/xwzx/kxxw/201103/t20110317_3086801.html，访问时间：2011年3月5日。

发第四代核电技术。[1] 可以说，在这半个世纪的发展过程中，核电技术本身的发展还是长足的，无论是在核能有效采集、核废料的处理，还是在安全性方面，都已经做出妥善安排。

问题在于，核电设施的更新换代并没有跟上核电技术发展的脚步。由于核电设置造价高昂、核电技术引进成本高等原因，许多利用旧技术设计、建造的核设施，即使旧技术已被发现是存在安全隐患或缺陷的，却仍在使用。2011 年 3 月 11 日由日本 9.0 级大地震所引发的核泄漏事故的福岛核电站 6 个机组全部采用第一代核电技术，即沸水堆技术，最先发生爆炸的 1 号机组早于 1970 年就开始并网发电，1971 年投入商业运作，至今已经运作 40 年了。虽然我们承认导致事故发生的原因可能是多方面的，但是不能忽视过于陈旧的技术和设施所带来的巨大的潜在风险。

（2）核电领域立法有待完善。下文将就此进行专门论述，在此不赘述。

3. 中国核电发展现状及前景。中国早在 1964 年就已经掌握了核能技术。1964 年 10 月 16 日 15 时，中国第一颗原子弹爆炸成功，标志着中国成为当时世界上为数不多的有核国家之一，在当时世界格局两级分化、美苏冷战，军备竞赛白炽化的国际背景下，核技术的掌握在维护国家完整与独立，威慑国际敌对势力等方面起到了不可磨灭的作用。但是由于 20 世纪 70 年代十年动乱及核电政策摇摆不定等因素的影响，我国核电发展起步较晚。直到 1984 年我国第一座自主研究、设计和建造的核电站——秦山核电站的破土动工，才标志着中国核电事业的起步。

随着改革开放初见成效，中国的经济实力得到了跨越式提高，政治环境得到改善，核电技术在自主研发和国外引进的共同作用下突飞猛进，核电产业得到了较大的发展。1987 年大亚湾核电站开工，使用压水型反应堆技术。1991 年 12 月 15 日秦山核电站并网发电，设计寿命 30 年，年发电量为 17 亿千瓦时。1994 年大亚湾核电站全部并网发电。1996 年，秦山二期工程开工，将在原址上扩建 2 台 60 万千瓦发电机组。2002 年 2 月，秦山二期 1 号机组并网发电，装机容量 60 万千瓦。2002 年 3 月，大亚湾岭澳电站并网发电；2002 年 11 月，秦山三期电站并网发电。2004 年 3 月，秦山二期 2 号机组并网发

---

[1] 中国国家原子能机构网站数据：http：//www.caea.gov.cn/n16/n1223/49478.html，访问时间：2011 年 5 月 3 日。

电，装机容量60万千瓦。2006年5月，田湾核电站并网发电。2007年8月18日，我国最大的核电项目红沿河核电站正式开工建设，4台机组将全面采用中国自主品牌CPR1000核电技术。2008年2月，福建宁德核电站开工建设。2008年12月，我国第一次核准6台百万千瓦级核电机组、迄今总装机容量最大的核电项目——阳江核电站正式开工建设；2009年7月20日，浙江三门核电站开工建设。

国务院批准发布的《核电中长期发展规划（2005~2020）》，明确到2020年，我国核电运行装机容量达到4000万千瓦、在建1800万千瓦的发展目标。核电占全部电力装机容量的比重从现在不到2%提高到4%。我国核电进入到批量化规模发展的新阶段。[1]

二、核电领域的国际法体系

国际法体系的形成多是经历了先就各国共同关注的某一国际问题建立目的性国际组织，然后在该国际组织的主持下签订相关规范国家行为的国际公约或条约，然后再由该国际组织就公约施行过程中所涉及的专业性技术问题给出权威技术标准、操作守则等，这些技术标准虽然不像国际条约一样，天然地具有法律属性，具备国际法上的约束力，但是由于标准本身的科学性和权威性，往往被很多缔约国甚至是非缔约国转化为国内法，国家争端解决机构在处理类似争议时也多倾向于采用这种标准，所以在实务层面上来说，它们具有相当程度的约束力，应给予足够的重视。核电领域的国际法体系也遵循上述发展规律。

（一）核电领域的国际组织——国际原子能机构

世界上与核电相关的国际组织有很多，包括国际原子能机构、联合国原子辐射效应科学委员会、世界核电营运者协会，另外还有一些区域组织，如欧洲原子能联营、经济合作与发展组织核能机构、美国核学会等。其中最具影响力的是国际原子能机构。

国际原子能机构（International Atomic Energy Agency，IAEA）是核电领域的专门性、全球性国际组织，它成立于1957年，其宗旨是“加速扩大原子能对全世界和平、健康和繁荣的贡献”；其职能是“就其所能，确保由其本身、或

[1] 国家能源局网站数据：http：//nyj. ndrc. gov. cn/dcyyj/t20080630_ 221303. htm，访问时间：2011年5月3日。

经其请求或在其监督或管制下提供之协助，不致用以推进任何军事目的”。[1] 由此可见，和平利用核能和保障监督是其两大职能，核电是核能和平利用的典型代表，国际原子能机构在核电立法领域作出的贡献主要有：

在国际条约方面，它先后主持签订了一系列与核安全、辐射安全、核废料管理安全有关的国际公约，如《及早通报核事故公约》、《核事故或辐射紧急情况援助公约》、《核安全公约》等。1997 年缔结的《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》、《修订〈关于核损害民事责任的维也纳公约〉议定书》及《补充基金来源公约》弥补了长期以来在核废物管理和核损害赔偿领域的立法空白；

在技术标准方面，国际原子能机构制订了辐射防护基本标准，并就特定的业务类型颁布了有关条例和业务守则，其中包括安全运输放射性材料方面的条例和业务守则。[2]

（二）核电领域国际条约

1.《国际原子能机构规约》。《国际原子能机构规约》（以下简称《规约》）是国际原子组织的纲领性、宪法性文件，于 1956 年 10 月 23 日通过，1957 年 10 月 23 日满足条件生效，也标志着国际原子能机构的成立。《规约》主要规定国际原子能机构的设立、组织结构、运行机制、机构的宗旨与原则等根本性问题，从宏观上对国际原子能机构进行规范，处于国际原子能组织法律体系的最高层次。国际原子能机构制定的技术标准、操作指南以及其他内部文件都不得违背《规约》的宗旨和原则。

《规约》的性质决定了其内容几乎不涉及核电领域的具体法律规范，但是《规约》是国际原子能机构法律体系下所有法律规范的准则，对研究核电领域的具体法律规范具有指导意义。

2.《核安全公约》。《核安全公约》（convention of nuclear safty，以下简称《公约》）是一项旨在提高核设施安全，使免受核事故危害的鼓励性公约。该公约于 1994 年 6 月 17 日通过，1996 年 10 月 24 日生效。《公约》可以看作是国际社会在经历美国三里岛核电厂事故和前苏联切尔诺贝利核电厂事故之后，

---

〔1〕《国际原子能机构规约》第 2 条。

〔2〕薛洪涛：“国际原子能机构与核能利用法律制度研究”，外交学院 2007 年硕士学位论文，第 10～11 页。

针对核设施安全的应对措施。其目的在于通过加强缔约国自身核设施的安全和国际合作，在适当情况下包括与核安全有关的技术合作，实现和保持世界范围的高水平的核安全；保护个人、社会和环境免受电离辐射的伤害；防止发生具有辐射后果的事故，一旦发生此类事故，则减轻其后果。《核安全公约》声明，核安全的责任在于拥有核设施的国家。《公约》适用于缔约国管辖下的任何陆基核电厂，包括设在同一场址且与核电厂的运行直接有关的储存和处理放射性材料的设施，直至所有的燃料元件永久移出堆芯并按批准的程序安全地存放。缔约国的主要义务是：在本国的法律框架内，采取立法、监督和行政等措施以及一切必要的步骤，确保其会议提交报告；对已有核设施的安全状况进行审查，采取必要的措施提高其安全性，如果难以提高，必要时关闭之。[1]

《核安全公约》是国际核安全条约框架中最重要和最基本的条约，它要求缔约国实施保证核设施安全的基本原则，而没有规定详细的安全标准，由各国在其国内法中予以规定并施行，以履行公约义务。这种没有具体安全标准的原则性规定，使公约的履行充满了不确定性，必然会折损公约的实际效果，加上该公约是鼓励性质，而非强制形式的，因而削弱了国际监督和执行。总的来说，可以认为公约确立了核能利用领域保证核安全的基本原则，却并没有为确保世界核安全建立一个国际制度。

3. 《及早通报核事故公约》和《核事故或辐射紧急情况援助公约》。这两个公约是规定核事故时应遵循的行为规范的公约。1986 年 9 月 26 日，维也纳国际原子能机构大会通过了《及早通报核事故公约》，向各国开放签字。该公约于 1986 年 10 月 27 日生效。该公约由序言和 17 个条文组成，宗旨是进一步加强安全发展和利用核能方面的国际合作，尽早提供有关核事故的信息，使超越国界的辐射减少到最低限度。[2]

《核事故或辐射紧急情况援助公约》也是在 1986 年 9 月 26 日维也纳国际原子能机构大会特别会议上通过的，并于 1987 年 2 月 26 日生效。其目的是建立一个有利于在发生核事故或辐射紧急情况时迅速提供援助，以尽力减少其

[1] 刘学文："世界最大起重能力起重机驰援中国核电建设"，载《机械广场》2008 年第 9 期。

[2] 《及早通报核事故公约》第 1 条。

后果的国际体制。[1]《公约》的主要规定是：在发生核事故或辐射紧急情况时，若一缔约国需要援助，不论此事故是否发生于其领土，均可直接向其他缔约国、国际原子能机构或酌情向其他政府间国际组织请求援助。请求国应详细说明所需援助的范围、种类和必需的有关情况。收到此请求的缔约国应立即决定并通知请求方其能否提供以及可能提供的援助范围和条件。任何缔约国均可请求对受事故影响的人员进行医疗救助或要求在另一缔约国领土内暂时安置。国际原子能机构接到这种援助请求时，应迅速了解有此资源的国家或国际组织，并向其传递此请求。各缔约国均应建立提出和接受此援助请求的应急联络点并通知原子能机构，此类联络点和原子能机构的联络中心应随时处于工作状态。[2]

4.《核损害补充赔偿公约》与《1997年维也纳议定书》。20世纪60年代初期，国际社会在核损害民事责任领域制定和通过了3个重要的国际法律文件，分别是《1960年核能领域第三方民事责任公约》（简称《1960年巴黎公约》）、《1963年核能领域第三方责任布鲁塞尔补充公约》（简称《布鲁塞尔公约》）和《1963年核损害民事责任维也纳公约》（简称《1963年维也纳公约》）。这些公约的目的都在于最大限度地给予受民用核电站运行损害者充分的救济和赔偿。公约的基本内容都主要集中在营运人的核损害责任问题上。

《1960年巴黎公约》是规范核能利用风险责任的第一个国际公约。该公约由欧洲经济合作组织主持制定。该公约明确了发生核事件后的民事责任归属并建立了赔偿制度，一般仅适用于在缔约国领土内发生的核事件所造成的个人及其财产遭受的损害。该公约只处理个人根据民法提起的索赔，通过个人在本国法院起诉核电站营运人而提供救济。该公约采用的是严格责任，并将责任主体限定于缔约国领土内发生事故的核设施的营运人。该公约还对责任限额、诉讼时效和免责范围加以限制。《布鲁塞尔公约》是对《巴黎公约》的修订和补充。该公约在运营者的责任限额之外，提供了附加的国际公共基金。通过建立由所有缔约国分摊的基金统筹机制，提高了《巴黎公约》原定的赔偿限额。《1963年维也纳公约》是在国际原子能机构主持下制定的一个

〔1〕《核事故或辐射紧急情况援助公约》第2条。

〔2〕刘芳："核电领域国际法和国内法问题研究"，华北电力大学2009年硕士学位论文，第5页。

全球性的公约。该公约突破性地在核损害民事责任领域建立了一个全球性的法律制度体系。《1963年维也纳公约》沿袭了《1960年巴黎公约》的基本内容和原则以及其所采用的术语和定义。公约的目的是要建立最低标准，为防止核损害提供财政保护，同时也保护核工业的发展，以免使其不堪责任重负。在责任限额方面，与《1960年巴黎公约》不同的是，《1963年维也纳公约》允许装置国自行决定一个适当的责任限额，即“营运人的赔偿责任可以由装置国限制为每一核事件不得少于500万美元”。为了确保受害人获得充分的赔偿，公约进一步规定了最低财政保证，要求营运人提供保险和其他财政保证。[1]

《1997年维也纳议定书》是对《1963年维也纳公约》的修订。相对于《1963年维也纳公约》，新公约放宽了核损害的定义、提高了责任限额、缩小了免责范围并延长了诉讼时效，这些修订旨在让受害者可以利用更好的救济途径，获得更全面的赔偿。

1997年《核损害补充赔偿公约》旨在建立一个独立的、全球性的核损害补充赔偿机制，也即建立一个额外的资金来源，补充依据缔约国国内法规定可获得的赔偿。该条约所规定的补充赔偿机制对于核损害的充分赔偿具有重要意义。

民事责任条款主要包括四个方面的内容，即民事责任主体、责任范围、归责原则、抗辩事由以及责任承担的方式。民事责任是民事主体违反义务或侵害他人的合法权益而承担的民事方面的法律后果。在核损害造成的民事责任中，民事责任是指特定的责任主体，核装置的运营者因污染或破坏环境，造成他人人身、财产损害或其他权益的损害而应承担的民事方面的法律后果。[2] 以《1997维也纳议定书》的规定为例，责任的承担者是唯一的、确定的，即核装置的运营者；核损害责任范围包括了生命或人身伤害，财产的损失或损害以及环境权益损害。[3] 《1963年维也纳公约》采用的是绝对无过错责任原则，核装置的运营者对核损害的责任是绝对的，但无过错责任不意味着没有免责事由，公约规定的免责事由主要有军事冲突行为、敌对行为、内

[1] 薛洪涛：“国际原子能机构与核能利用法律制度研究”，外交学院2007年硕士学位论文，第23~24页。

[2] 圣国龙：“关于核损害的民事责任条款的探究”，载《中国核科技信息》2006年第13期。

[3] 《1963年维也纳公约》第1条。

战或暴乱。[1] 在责任承担方式上，《1963 年维也纳公约》规定“1. 运营者对于任一核事件的责任可由装置国限定为：①不少于 3 亿提款权；或②不少于 1 亿 5 千万提款权，条件是在超过此数额到高至至少 3 亿提款权之间的数额，应由该装置国提供公共资金赔偿核损害；或③对于从本议定书生效之日起最多为 15 年这一期间内发生的核事件，不少于 1 亿提款权的过渡数额。可规定少于 1 亿提款权，条件是装置国提供公共资金来赔偿该较少数额与 1 亿提款权之间的核损害。2. 尽管有本条第 1 款之规定，考虑到所涉核装置或核物质的性质以及由此发生的事件的可能后果，装置国可规定一个较低的运营者责任数额，但在任何情况下，所规定的数额均不得少于 500 万提款权，同时装置国要确保提供最高至根据第 1 款确定之数额的公共资金”。[2]

5. 《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》。《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》（以下简称《联合公约》）于 1997 年 9 月 5 日在国际原子能机构第四十一届会议上通过，是迄今为止有关放射性废物管理方面的最重要的全球性公约。

（1）《联合公约》的基本原则。

第一，可持续发展原则。《联合公约》中规定“在满足当代人的需要和愿望而又无损于后代满足其需要和愿望的能力的前提下，确保在乏燃料和放射性废物管理的一切阶段都有防止潜在危害的有效防御措施，以便在目前和将来保护个人、社会和环境免受电离辐射的有害影响”。[3] 该公约第 4 条和第 11 条也分别就乏燃料和放射性废物管理规定：“每一缔约方应采取适当步骤，以确保在放射性废物管理的所有阶段充分保护个人、社会和环境免受放射危害和其他危害。这样做时，每一缔约方应采取适当步骤，以便努力避免那些对后代产生的能合理预计到的影响大于对当代人允许的影响的行动，避免使后代承受过度的负担。”

第二，国际合作的原则。《联合公约》序言指出：“确认通过双边和多边机制以及本鼓励性公约在加强乏燃料和放射性废物管理安全方面进行国际合作的重要性；念及发展中国家尤其是最不发达国家和经济正在转型国家的需

---

〔1〕《1963 年维也纳公约》第 4 条。

〔2〕《1963 年维也纳公约》第 5 条。

〔3〕《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》第 1 条。

要以及改善现有机制以帮助这些国家行使和履行本鼓励性公约中规定的权利和义务的需要”。第1条规定:“通过加强本国措施和国际合作，包括情况合适时与安全有关的技术合作，以在世界范围内达到和维持乏燃料和放射性废物管理方面的高安全水平。”可见国际合作的理念已成为《联合公约》的指导思想。[1]

(2)《联合公约》的基本制度。

第一，许可证制度。核能利用的高科技性、专业和放射性废物的高度危险性决定了，从事放射性物质管理经营活动的主体必须具备专业技术和知识，配置专业的防护设施设备，以保证经营人员和社会其他成员的安全性。《联合公约》也确立了许可证制度，它规定：“每一缔约方应建立并维持一套管理乏燃料和放射性废物管理安全的立法和监管框架；乏燃料和放射性废物管理活动的许可证审批制度；禁止无许可证运行乏燃料或放射性废物管理设施的制度；强制执行可适用的条例和许可证条款。”[2]

第二，国家报告制度。同《核安全公约》一样，《联合公约》也规定了国家报告书制度，目的在于对各缔约国的履行情况进行监督，提交报告行为本身也作为各缔约方履行公约义务的主要方式。《联合公约》规定：“按照第30条中的规定，每一缔约方应向每次缔约方审议会议提交一份国家报告。该报告应叙述履行本公约的每项义务所采取的措施。就每一缔约方而言，该报告还应叙述其：乏燃料管理政策；乏燃料管理实践；放射性废物管理政策；放射性废物管理实践；放射性废物的定义和分类所用的准则。这种报告还应包括：受本公约制约的乏燃料管理设施、设施所在地、主要用途和基本特点的清单；受本公约制约且目前贮存的和已处置的乏燃料的存量清单，此种清单应载有这种物质的说明，如有条件，还应提供有关其质量和总放射性活度的资料；受本公约制约的放射性废物管理设施、设施所在地、主要用途和基本特点的清单；受本公约制约的下述放射性废物的存量清单：目前贮存在放射性废物管理与核燃料循环设施中的；已经处置的；或由以往的实践所产生的。此种存量清单应载有这种物质的说明以及现有的其他相应资料，例如体积或质量、放射性活度和具体的放射性核素等；处于退役过程中的核设施的

---

[1] 李奇伟：“放射性废物管理的国际法制度”，载《环境与科学管理》2006年第5期。

[2] 《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》第19条。

清单和这些设施中退役活动的现状。”[1]

（三）核电领域的国际技术标准

核电领域的国际技术标准主要体现为国际原子能组织制定的和核电站有关的安全操作守则和安全标准。1975 年以来，国际原子能机构完成了制定核电站安全操作守则和安全标准的计划，提出了指导各国核能利用立法的规则，逐步形成了一套非常全面的核安全法规体系。这些规则还规定了一系列关于核设施的安全技术规则，涉及核电站的选址、设计、建设和利用。近几年，国际原子能机构全面修订安全标准，正在修订的和补充制定的新的安全标准（包括基本安全法规、安全要求和安全导则）共 198 个。[2]

如前所述，1994 年通过的《核安全公约》确立了核能利用领域保证核安全的基本原则，却并没有为确保世界核安全建立一个国际制度。

《国际原子能机构规约》第 2 条授权国际原子能机构制定有关电离辐射防护的安全标准，并使这些标准适用于和平核活动。迄今为止，以国际原子能机构“安全丛书”出版物的名义已出版 200 多种安全标准。1996 年 1 月 1 日，为应对新的国际核形势和加强核安全管理，国际原子能机构调整了其管理部门的结构，成立了核安全司。由核安全司具体负责组织国际原子能机构安全标准的制订和审查，引入一种新的统一进行编写和审查的程序。之后，国际原子能机构的“安全丛书”被“安全标准丛书”、“安全报告丛书”以及与安全有关的出版物丛书所替代。安全标准主要内容包括：安全标准领域、安全标准层次。

1. 安全标准领域。安全标准领域可分成四大类：核安全标准；辐射安全标准，如《国际电离辐射防护和辐射源安全基本安全标准》及其支持性文件；放射性废物安全标准；运输安全标准，如《运输条例》及其支持性文件，以及涉及上述 4 个领域中的 2 个或 2 个以上领域的安全。

2. 安全标准层次。安全标准分为“安全基本法则”、“安全要求”和“安全导则”三个层次。

安全标准为各国制定一国的核安全国内立法提供了法律、技术的依据与参考。各国在制定本国国内核安全标准时，需要充分考虑国际原子能机构制

---

[1] 《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》第 32 条。

[2] 马立毅：“国际原子能机构安全标准”，载《辐射防护通讯》2006 年第 1 期。

定的标准，不能低于这些标准，有的需要高于这些标准。由一国经过承诺的国际标准，在该国具有约束力。因而在国内立法时要考虑已经接受或者将要接受的国际标准的约束。例如美国1954年《原子能法》条文中考虑了执行1978年《防止核扩散法》的有关问题，解决和《不扩散核武器的条约》的协调。多数国家则参照国际原子能机构的安全标准制定本国的核能安全标准，作为本国的核能管理规定，有些上升为本国的行政法规、规章或地方法规。

（1）安全基本法则：提出防护和安全的目标、概念和原则，并为安全要求提供依据。

（2）安全要求：制订为确保不仅现在而且在将来对人类和环境的保护而必须满足的要求。这些要求用“必须”（should）来表述，并受“安全基本法则”中提出的目标、概念和原则约束，即如果不能满足这些要求，则必须采取措施以达到或恢复所要求的安全水平。

（3）安全导则：提供有关如何遵守安全要求的建议和指导。安全导则中的建议用“应当”（will）来表述，意指需要采取所建议的措施或等效的替代措施。“安全导则”提出了国际上的良好实践，并且日益反映最佳实践，以帮助用户努力实现高水平安全，每一“安全要求”出版物均辅以若干“安全导则”，在制订国家监管性导则时可以使用这些安全导则。

3. 安全标准类别。安全标准分为“专题性”标准和“具体设施”标准两类。“专题性”标准提供适用于贯穿所有活动的主要内容，并将规定具体设施的标准。它包括法律和政府基础结构、应急准备和响应、管理系统、安全评价和检查、场址评价、辐射防护和辐射源安全、放射性废物管理、退役、受污染地区的恢复以及放射性物质的运输。“具体设施”标准是无需查阅“专题性”标准即可适用的独立的综合标准。所涵盖的设施类型包括核电厂、研究堆、燃料循环设施、与辐射有关的设施、废物处理和处置设施。

三、核电领域的国际法体系的评价与完善

（一）评价

在核电技术被应用的半个世纪的时间里，核电领域的国际法体系现在已经包括了核安全法律制度、放射性废物管理法律制度、核损害民事责任法律制度、核事故应急法律制度、核电技术标准等诸多方面，初步形成了科学合理的框架结构，是今天人类对待核问题的制度保障和法律依据，对主权国家国内立法具有积极的指导意义。以国际原子能组织为代表的核电领域的国际

组织为此所做的努力应受到肯定和赞扬。同时我们应该看到，现有核电领域国际法体系的不足。

1. 条约多为鼓励性质，强制性不足，预期目的难以实现。如前所述，《核安全公约》、《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》在其序言部分就明确地对公约性质作了规定，规定公约为“鼓励性公约”，这削弱了在核安全方面的国际监督和执行。国际原子能机构所制定的安全标准虽然被国际社会广泛认可和采用，但若是考究其法律效力渊源，则会发现其缺乏国际公约或条约的约束力。所以，尽管核电领域的国际法律规范已日臻完善，但是“其脆弱性仍表现在缺乏有效的监督与控制机制，这与国际法的其他法律领域面临的问题是一样的”。[1]

2. 法律的可执行性有待提高。法律，尤其是规范技术应用的法律，内容越具体，越具有可执行性，则法律的实施情况便会越好。《核安全公约》和《联合公约》都是原则性的，如何选址、如何设计、建造与评价等都没有一系列的具体规范程序，公约的履行职能还需依赖各缔约国国内法的细化。让人感觉公约塑造的核电利用宏伟蓝图美则美矣，却不知道如何去实现它。提高法律的可执行性才是赋予其实质意义的重要一步。

3. 法律体系内部内容交错，存在冲突。现有的国际原子能机构有关核能利用的法律文件有些是零星和分散的，它们不仅相互之间存在着许多不协调之处，而且在有些情况下与国际环境法领域的规范有着矛盾。例如在《联合公约》与安全标准的关系上，一些国家认为安全标准是《联合公约》的基础，因此用安全标准来解释《联合公约》的条款，制定相应的措施。另一些国家则认为该公约和标准之间是相互独立，自成体系的。由于理解差异的存在，各缔约国在实施《联合公约》的过程中往往采用不同的方式，在审议其他缔约国报告时，也会出现标准之争。[2]

（二）完善

1. 鼓励性法律强制、原则性法律具体化。结合前述目前核电领域国际法

---

〔1〕［德］沃尔夫冈·格拉夫：《国际法》，魏智通主编，吴越、毛晓飞译，法律出版社2002年版，第562页。

〔2〕薛洪涛：“国际原子能机构与核能利用法律制度研究”，2007年外交学院硕士学位论文，第35页。

体系存在的不足，笔者认为最重要的，也是最立竿见影的完善的方法就是缔结具有普遍约束力的国际条约或制定具有强制执行力的安全标准。同时各缔约方应本着全球责任而不仅仅是国家利益的观念不断充实各项公约的内容，制定一系列国际性的核废料处置安全标准、陆基贮藏标准或操作守则，以及发展核能安全利用的相关规定，从而增强其可操作性。

2. 加快国际法向国内法的转化。国际法调整的对象是主权国家，但是在微观层面，具体利用核电技术的的确是民事主体。国际法对民事主体的行为，鞭长莫及。最有效的办法，是让主权国家承担起规范本国民事主体行为的责任。国家调整人民行为的工作就是法律，所以主权国家要加快国际法向国内法的转化，在国内法中贯彻国际条约所确定的原则，提高技术标准。如此，即使核电领域的国际法规范存在强制性不足、可执行性差的缺陷，也可通过国内法的良好实施得到一定的弥补。

3. 加强国际合作，加大对违法行为的制裁力度。核能的利用要具有全球意识，因为从世界角度看，核能的利用一旦出现事故就具有时间上的持久性和空间上的扩散性。核污染使全球共同受害；核恐怖和核军备竞赛使全世界人民共遭威胁。所以，核安全的立法必须体现国际合作原则。各国应该摒弃政治制度的差异和意识形态的分歧，加强信息交流，技术交流，共同促进核能的和平利用。不应以“防止核武器扩散”为借口，阻碍发展中国家进行和平利用核能的活动。

同时，外部的制衡力量是监督实施的最有效方式，各国应一致寻求加强国际原子能机构的监督管理职能，并密切与联合国安理会的联系，将核电领域的严重违法行为纳入到联合国安理会的制裁机制下。

区域性核安全法律制度的新发展

——对欧盟《为核设施安全建立共同体框架指令》的实证研究

李伯轩*

一、导言

据国际原子能机构（International Atomic Energy Agency，以下简称 IAEA）的数据统计，2009 年全球的核电供应量已达 2558.08tw · h。[1] 核能作为一种新型能源，具有高效、环保和清洁等特点，但其所伴有的潜在危险性也是巨大的。1979 年的美国三里岛核电站事故和 1986 年的前苏联切尔诺贝利核电站事故为全世界敲响了警钟。而不久前发生的日本福岛第一核电站放射性物质泄露事件再次使核安全问题成为了国际社会关注的焦点。

* 作者系中国政法大学国际法学院硕士研究生。

[1] See IAEA, "Nuclear Power Reactors in the World", available at website: http: //www. iaea. org/NuclearPower/.

时至今日，国际社会已从禁止和限制核武器、核设施的建造和运行、核废料的处理、核事故的应急措施、核损害责任等方面建立起了一个国际核安全法律体系。[1] 尽管该体系还存在着诸多的不足，但其积极意义不容抹杀。就区域性核安全立法而言，现有的成果还主要集中在建立无核区的区域性条约。[2] 欧盟委员会于2009年6月25日通过了世界上第一个具有法律拘束力的共同体范围内的核安全规则[3]——《关于建立核设施安全的共同体框架的指令》(Council Directive 2009/71/Euratom of 25 June 2009 establishing a community framework for the nuclear safety of nuclear installations，以下简称《指令》)，[4] 从而为区域性核安全法律制度的发展翻开了新的一页。

二、对《指令》的评介

（一）《指令》产生的背景

据统计，欧盟现有144座核电站，分布在15个成员国内，其核电站数量已居世界之首，核电占欧盟电力供给的1/3，占能源消耗总量的15%。[5] 核能在欧盟的蓬勃发展主要可以归于以下几个方面的原因：①欧盟对电力的需求与日俱增，传统的能源供给已难以满足需要；②欧盟委员会在第二次战略审查（second strategic review）中将核能认定为确保欧盟供给安全的具有潜在重要性的因素；[6] ③欧盟提出了截止到2020年将温室气体排放量减少20%的目标，为了完成这一目标以应对气候变化，核能是一个很好的选择；④近年来，欧盟民众逐渐从切尔诺贝利核事故的阴霾中走出，重新燃起了对核能的信心。

---

〔1〕 参见高宁："国际核安全合作法律机制研究"，载《河北法学》2009年第27卷第1期。

〔2〕 主要包括1967年《拉丁美洲禁止核武器条约》、1985年《南太平洋无核区条约》、1995年《东南亚无核武器区条约》和1996年《非洲无核武器条约》。参见王晓丹："浅谈国际核安全立法现状"，载《中国核工业》2003年第4期。

〔3〕 Ana Stanic, "EU Law on Nuclear Safety", *28 NO. 1 J. Energy & Nat. Resources L. 145*, p. 157.

〔4〕 Council Directive 2009/71/Euratom of 25 June 2009 establishing a Community framework for the nuclear safety of nuclear installations, OJ 2009 L 172/18, available at http: // eur - lex. europa. eu/LexUriServ/LexUriServ. do? uri = CELEX: 32009L0071: EN: HTML.

〔5〕 Ana Stanic, "EU Law on Nuclear Safety", *28 NO. 1 J. Energy & Nat. Resources L. 145*, p. 145.

〔6〕 See European Commission, "Second Strategic Review", November 2008, available at http: // ec. europa. eu/energy/strategies/2008/2008_ 11_ ser2_ en. htm.

尽管欧洲原子能共同体（European Atomic Energy Community，以下简称EAEC）自1957年起就已经存在，但核安全问题此前并未在整个欧盟层面上得到统一地规制。《建立欧洲原子能共同体条约》（Treaty Establishing the European Atomic Energy Community，以下简称《条约》）[1]的目的是为成员国创造条件以建立和发展核工业。[2]根据《条约》，EAEC的具体任务包括：①促进研究并确保技术信息的传播；②订立统一的安全标准以保护工人和大众的健康并确保这些标准得到适用；③方便投资以及保证为发展共同体核能所必需的基础设施建设；④确保共同体的所用用户都能得到持久和公平的矿石和核燃料供应；⑤通过适当的监管措施确保核材料不被挪作他用；⑥对特殊的裂变材料行使被赋予的所有权；⑦通过在特殊材料和设备领域创立共同市场，通过促进对核能领域投资资金的自由流动，以及通过在共同体内自由聘用专家来确保广泛的商业渠道和对最优技术设施的获取；⑧和其他国家以及国际组织建立联系以促进核能的和平利用。[3]

《条约》并未明确规定保证核设施的安全是共同体的职责。《条约》的第2条（b）提到共同体要为保护工人和大众的健康订立统一的安全标准。《条约》的第30条对“基本标准”一词做出了阐释，此种标准应在共同体为保护工人和大众安全免受离子辐射危险的目的下加以规定，其具体内容包括：①与充分保证安全目的相符的最大限度的辐射剂量；②最大限度的暴露和污染程度；③对工人进行安全监督的根本原则。[4]根据第30条的文字表述，共同体似乎只被授予在保护工人和大众免受核辐射方面的权限。这种狭义的理解一直持续到2002年，欧洲法院在29/99号案中阐明共同体在核安全和辐射保护方面也享有权限。[5]

然而欧盟的核安全标准迟迟无法出台。欧盟委员会曾指出各成员国在核安全领域的国内立法以及国内监管者所采取的措施还是远远不够的。EAEC为协调各国之间差异做出了许多努力，但不同国家间的核安全措施仍

---

[1] “Treaty establishing the European Atomic Energy Community (Euratom Treaty)”, available at http: // eur - lex. europa. eu/en/treaties/dat/12006A/12006A. html.

[2] See Art 1 of Euratom Treaty.

[3] See Art 2 of Euratom Treaty.

[4] See Art 30 of Euratom Treaty.

[5] Ana Stanic, “EU Law on Nuclear Safety”, *28 NO. 1 J. Energy & Nat. Resources L. 145*, p. 151.

然差别很大。欧盟委员会寻求核安全标准统一的努力受到了一些成员国的阻挠，因为他们担心委员会所希望的统一会减损国内监管者在核问题上的权力。[1]

2004 年时，欧盟委员会针对核安全、放射性废物和乏燃料的管理开展了一次大范围的磋商。这次磋商的结果是建立了欧洲核安全监管组（European Nuclear Safety Regulators Group，以下简称 ENSREG）。[2] ENSREG 是一个独立的专家机构，由来自各成员国核安全监管当局的首脑和高级官员以及来自委员会的高级代表组成。2007 年，ENSREG 再次考虑是否需要在欧盟层面上对核安全问题制定一个具有法律约束力的制度。各国对此的态度不尽相同，但最终达成一项协议，即成立一个专家组对欧盟统一立法的利弊加以分析。2008 年 11 月，委员会根据分析结果通过了一份针对建立共同体核安全框架的建议。这份建议回应了欧盟居民对欧盟范围内核安全立法的担忧，并对欧盟核设施安全的基本义务和普遍原则给出了定义，同时强化了国内监管机构的角色。[3] 正是此文件为《指令》的诞生铺平了道路。在这样的背景下，欧盟议会于 2009 年 6 月 25 日一致通过了《指令》。

（二）《指令》的立法蓝本

欧盟内部所有采用核电的成员国均是《核安全公约》（Convention on Nuclear Safety，以下简称《公约》）[4] 以及其他一些有关燃料和废物管理的多边

---

[1] Regina S. Axelrod, "The European Commission and Member States: Conflict Over Nuclear Safety", (*2006*) *26 Perspectives. Review of International Affairs 5*, p. 5, available at http://www.ceeol.com/aspx/issuedetails.aspx?issueid=fd7ad0b0-801d-4486-84cb-3f5610970e7e&articleId=b60ccb80-f2c1-483b-9ead-a2dec0786dc2.

[2] Commission Decision 2007/530 Euratom of 17 July 2007 on establishing the European High Level Group on Nuclear Safety and Waste Management, OJ 2007 L 195/44, available at http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:L:2007:195:SOM:EN:HTML.

[3] See "European Commission, Nuclear Safety: Commission Moves Ahead", available at http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1776&format=HTML.

[4] "Convention on Nuclear Safety", available at http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infcircs/Others/inf449.shtml.

协议[1]的缔约国。此外，作为IAEA的成员，他们还须遵守IAEA的安全标准，尤其是“根本安全原则”(fundamental safety principles，以下简称“原则”)。[2]鉴于《指令》的某些条款是根据《公约》以及“原则”来加以制定的，因而有必要对两者加以简单说明。

1.《公约》。为了实现世界范围内的核安全，IAEA于1991年开始着手起草《公约》。经过专家组两年多的努力，《公约》草案于1994年完成，并于同年6月17日在维也纳外交大会上获得通过，之后于1996年生效。许多国家，尤其是在切尔诺贝利核电站事故后被查出有辐射性尘埃的国家对《公约》的通过表现出了极大的热情，G7集团(Group of Seven)[3]在1992年的东京峰会上曾一致提出制定这样一个公约的必要性，并表达了未来通过《公约》的迫切愿望。[4]

《公约》共4章35条，其目的旨在(a)通过加强本国措施与国际合作，包括适当情况下与安全有关的技术合作，以在世界范围内实现和维持高水平的核安全；(b)在核设施内建立和维持防止潜在辐射危害的有效防御措施，以保护个人、社会和环境免受来自此类设施的电离辐射的有害影响；(c)防止带有放射性后果的事故发生和一旦发生事故时减轻此种后果。[5]缔约方的义务涉及核设施的选址、设计、建造和运行，核安全立法和管理框架的建立，监管机构与其他组织和机构的有效分离，充足的资金和人力资源的可得性，安全评估，辐射保护，应急准备等多个方面。[6]

---

[1] 如《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》(Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management, available at www. iaea. org/Publications/Documents/Infcircs/1997/infcirc546. pdf)，《及早通报核事故公约》(Convention on Early Notification of a Nuclear Accident, available at www. iaea. org/Publications/Documents/Infcircs/Others/infcirc-335. shtml)以及《核事故及辐射紧急情况援助公约》(Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency, available at www. iaea. org/Publications/Documents/Infcircs/Others/infcirc336. shtml)。

[2] IAEA, "Fundamental Safety Principles", available at www - pub. iaea. org/MTCD/publications/PDF/Pub1273_ web. pdf.

[3] G7集团是由7个具有影响力的工业化国家组成的国家集团，包括加拿大、英国、法国、德国、意大利、日本和美国。

[4] Brian McGill, "Developments in Nuclear Safety and Waste Disposal", 7 Geo. Intl Envtl. L. Rev. 889, pp. 889 ~ 890.

[5] See Art 1 of the Convention.

[6] See Chapter 2 of the Convention.

然而，《公约》主要是一种激励机制，并没有为确保世界核安全建立一个国际制度。[1]《公约》并未包含对违反其规定的执行和制裁机制，它所依靠的是一种缔约方之间相互审查的机制，有学者称之为“Peer Review”。[2] 该机制的运行过程如下：每一缔约方应在审议会议召开之前，就它为履行本公约的每项义务已采取的措施提出报告，以供审议；[3] 缔约方在审议会议上相互审议提交的报告，每一缔约方有合理的机会讨论其他缔约方提交的报告和要求解释这些报告；[4] 第一次审议会议须在《公约》生效之日后30个月内举行，缔约方在每次审议会议上应确定下次审议会议的日期，两次审议会议的间隔不得超过3年。[5] 该机制实际是由缔约方相互施行他方提出的意见和建议来维护核安全，可这毕竟没有法律约束力的保障。

2. “原则”。“原则”于2006年获得通过，它旨在借由发展指导性的国际标准来建立和强化国际核安全制度。“原则”涉及核设施、放射源、放射性物质的运输、放射性废物等多个方面，其具体内容如下：①保障安全的首要责任依赖于对有辐射危险的设施和活动负责的个人或组织；②必须建立和维持一个有效的法律和政府框架，包括一个独立的监管机构；③在与有辐射危险的设施和活动有关的组织内，必须建立和维持有效的领导和管理；④带有辐射风险的设施和活动必须能够在整体上产生收益；⑤保护措施必须得到优化，以提供所能合理达到的最高程度的安全性；⑥控制辐射风险的措施必须保证无人承担不可接受的损害风险；⑦人身和环境，无论是现在的还是将来的，都必须加以保护以抵御辐射风险；⑧必须尽一切努力来预防和减轻核事故或辐射事故；⑨做好应急准备，及时对核事故和辐射事故做出反应；⑩减少现存的或未受规制的辐射风险的保护措施是合理的并应得到优化。[6] 但是与《公约》一样，上述“原则”对成员国并不具有法律约束力，因为他们只是一些非强制性的建议。[7]

---

〔1〕［法］亚历山大·基斯：《国际环境法》，张若思译，法律出版社2000年版，第338页。

〔2〕 Monica J. Washington, “The Practice of Peer Review in the International Nuclear Safety Regime”, *72 N. Y. U. L. Rev. 430*, pp. 452 ~ 459.

〔3〕 See Art 5 of the Convention.

〔4〕 See Art 20 of the Convention.

〔5〕 See Art 21 of the Convention.

〔6〕 IAEA, “Fundamental Safety Principles”, paras. 3.3 – 3.40.

〔7〕 IAEA, “Fundamental Safety Principles”, para. 1.5.

（三）对《指令》主要内容的分析

《指令》吸收了《公约》和“原则”的某些条款。既然欧盟的成员国是《公约》的缔约方，所以《指令》的多数内容对他们而言并非是全新的。《指令》的创新之处在于为成员国在核安全方面创设了强行性的义务，如果成员国没有遵守这些义务，将依据欧盟法受到制裁。

1. 适用范围。《指令》规制的是民用核设施的核安全问题。[1] 其所指称的“核设施”包括：（a）浓缩厂、核燃料生产厂、核电站、回收厂、研究反应堆设施；（b）核废物的存储设施，如果这些设施与（a）中所列的核设施处于相同的场所并与其直接相关。[2] 而《公约》所适用的“核设施”具体是指其管辖下的任何陆基民用核动力厂，包括设在同一场址并与该核动力厂的运行直接有关的设施，如贮存、装卸和处理放射性材料的设施。[3] 相比而言，《指令》的适用范围比《公约》更宽泛一些。

2. 权限分配。根据《指令》，保障核安全是每个成员国的责任，成员国有权根据本国的政策决定能源的混合比例。[4] 欧盟的职责乃是通过统一的共同体范围的安全标准以及确保成员国遵守《指令》的规定。具体的核安全标准将由委员会提出并经欧盟议会以有效多数通过。[5] 成员国对《指令》的实施将由《条约》的执行机制来加以保证，具体而言，当一个成员国没有遵守《指令》或安全标准时，委员会或其他成员国有权将该事项提交至欧盟法院。[6] 如果法院认为该成员国确实没有遵守义务，该成员国将被要求采取措施遵守法院的判决，若该成员国没有遵守判决将被处以罚金。[7]

值得注意的是，《指令》并不禁止成员国采取比《指令》更加严格的措施，只要与共同体的法律相符即可。[8] 《指令》还指出在发展国内适当的核安全框架时，成员国的国内情况是应当加以考虑的。[9] 可见，《指令》并未

[1] See Art 2 (1) of the Directive.
[2] See Art 3 (1) of the Directive.
[3] See Art 2 (1) of the Convention.
[4] See paras 8, 9 in the Preamble of the Directive.
[5] See Arts 31, 32 of Euratom Treaty.
[6] See Arts 141, 142 of Euratom Treaty.
[7] See Art 143 of Euratom Treaty.
[8] See Art 2 (2) of the Directive.
[9] See para 10 in the Preamble of the Directive.

为成员国设定一个整齐划一的标准，实际上它提供的是在欧盟内部所要达到的一种最低限度的核安全水平。

3. 建立框架的义务。成员国应该为核设施的安全建立和维持一个国内的立法、监管和组织框架，该框架需在相关的国家机构间分配责任和促进协调。[1] 这一国内框架应确立以下几项职责：①通过国内的安全要求；②规定许可证制度，禁止在无许可证的情况下运行核设施；③规定核安全监督制度；④执行措施，包括中止运行以及修改或吊销许可证。[2] 该规定是在吸收《公约》第7条并反映第2项"原则"的基础上产生的。

4. 成员国的自主性。《指令》要求成员国通过国内的核安全标准，但对于此种标准如何通过以及以何种形式加以适用，《指令》将这一权力留给了各成员国。[3]《指令》的第4条第2项还要求成员国根据操作经验、技术进步、安全分析结果和安全研究的结果对国内框架加以维护和改善。鉴于《指令》的要求与《公约》是基本一致的，已经拥有核技术的成员国国内其实已经存在一个按《公约》要求建立的框架。所以《指令》的推出并不会对这类成员国的国内法产生重大的影响。而对于那些还未拥有核技术的成员国，《指令》为他们未来建立核设施提供了一个法律基础。

5. 监管机构的独立性。根据《指令》，成员国要确保监管机构能够在功能上与涉及促进或利用核能的任何其他机构或组织实现分离，以此来确保这些监管机构在决策时不会受到不必要的影响。[4] 其实在《公约》中也有对于监管机构独立性的要求，即每一缔约方应采取适当步骤确保将监管机构的职能与参与促进或利用核能的任何其他机构或组织的职能有效地分开。[5]《指令》采用了"effective independence"的表述，而《公约》中采用的是"effective separation"，但两者在实质上并无差别。

6. 许可证持有者的义务。《指令》明确指出许可证持有者应对核设施的安全承担首要的责任，且此种责任不可替代。[6] 具体而言，成员国要确保许

---

[1] See Art 4 (1) of the Directive.
[2] See Art 4 (1) of the Directive.
[3] See Art 4 (1) (a) of the Directive.
[4] See Art 5 (2) of the Directive.
[5] See Art 8 (2) of the Convention.
[6] See Art 6 (1) of the Directive.

可证持有者经常性地评估、核实并不断改进核设施的安全，许可证持有者的上述行为要在国内监管机构的监督下进行，并要采取系统的且可核实的方式。[1] 若许可证持有者没有履行其义务，成员国必须采取适当的措施，包括吊销许可证等。[2] 许可证持有者还需提供和维持足够的资金和人力，[3] 并为肩负核设施安全责任的职工安排必要的教育和培训。[4]

7. 报告义务。《指令》在欧盟内部确立了一个统一的报告制度。截止到2014年7月22日，成员国需就《指令》的实施情况向委员会第一次提交报告，此后每3年提交一次报告。[5] 以成员国的报告为基础，委员会要向议会提交报告，说明《指令》执行的进展情况。[6]

《指令》下的报告制度与《公约》有所不同。根据《公约》的规定，缔约方应在审议会议上提交报告，两次审议会议之间不得超过3年。[7] 但是《公约》并没有规定当缔约方违反报告要求或不执行他国建议时的强制执行或制裁机制。《公约》所依靠的是一种诸国之间相互审查、相互施压的制度模式。而《指令》中的报告义务则可以经由委员会和成员国依据《条约》第141条和第142条诉至欧盟法院而得到强制执行。

此外，成员国至少每10年要组织一次对国内框架和监管机构的阶段性自我评估，并要邀请国际上的其他国家对该成员国的国内框架和（或）当局的有关部分进行审议，目的在于不断提高核安全水平。[8] 这点与《公约》的规定类似，但《指令》中此种不同国家间的审查在本质上来说是强制性的而不是自愿性的。

（四）对《指令》的评价

《指令》在统一共同体范围内的核安全标准方面迈出了第一步。《指令》共12条，涉及核设施的设计、运行和废弃等多个方面。最重要的是，《公约》和IAEA的“原则”只是非强制性的建议，而《指令》所确

[1] See Art 6 (2) of the Directive.
[2] See Art 4 (1) of the Directive.
[3] See Art 6 (5) of the Directive.
[4] See Art 7 of the Directive.
[5] See Art 9 (1) of the Directive.
[6] See Art 9 (2) of the Directive.
[7] See Arts 20, 21 of the Convention.
[8] See Art 9 (3) of the Directive.

立的共同体安全标准基于《条约》第 30 条至第 32 条的规定便具有了法律上的约束力。

但是，《指令》还是存在着一定的不足之处。它主要的缺陷在于其未规定对核电站的突击检查，而且所谓的独立核查仍然是由国内的监管者来负责的而不是共同体的机构。这可能会使《指令》推进欧盟核安全水平的实际效果大打折扣。此外，《指令》并未要求成员国提交的报告必须公开，这也不利于增强民众对核能的信心。

三、结语

现如今，国际社会已经建立起了基本完整的核安全国际法律框架，框架内的各个法律之间相互联系又相互补充。很多国家借助 IAEA 的平台建立了良好的国际合作关系。但在国际核安全法律体系中仍存在着一定的问题，如公约和标准的强制性不够、法律文件的用语过于原则，体系内部还不够协调和统一，发达国家和发展中国家之间的合作有限等等。总之，国际核安全问题还有很长的一段路要走。

欧盟作为全球最具影响力的区域一体化组织，于 2009 年 6 月 25 日通过了世界上第一个具有法律拘束力的共同体范围内的核安全规则，这无疑为区域性核安全法律制度的发展注入了新的活力，同时也为世界上其他区域性组织提供了可资借鉴的立法蓝本。

我国的核工业发展至今已有 50 多年的历史，经过多年的探索和实践，中国现已跻身世界核大国的行列。如何规范本国的核工业、如何保障本国的核安全、如何加强本国与他国间就核安全问题的交流和合作自然而然地成为了我们必须思考的问题。就目前的情况而言，中国虽然已经加入了一系列重要的国际条约，[1] 但国内法尚不完善。针对一些薄弱的环节和存在的问题，我们绝不能掉以轻心，还要不断发展和完善。防患于未然是我们的目标，切莫让历史的悲剧再次上演。

---

〔1〕 如中国于 1980 年 3 月 4 日加入《国际原子能机构规约》，于 1980 年 3 月 5 日加入《不扩散核武器条约》，于 1986 年 9 月 26 日加入《及早通报核事故公约》，于 1986 年 9 月 26 日加入《核事故及辐射紧急情况援助公约》，于 1987 年 2 月 8 日加入《核材料实物保护公约》，于 1994 年 6 月 17 日加入《核安全公约》，于 1997 年 9 月 12 日加入《关于核损害民事责任的 1997 年维也纳公约》，于 1998 年 11 月 1 日加入《核材料和核设施的实物保护条约》，于 2004 年 4 月 7 日加入《国际原子能机构特权和豁免协定》，于 2004 年 5 月 26 日加入《核损害补充赔偿公约》等。

对我国原子能法立法与该法律体系完善之浅见

刘久*

1964年10月16日下午3时，我国第一次成功完成了自行研制的原子弹爆破试验，原子核裂变的巨大火球和蘑菇云升上了我国西部地区新疆罗布泊的戈壁荒漠的上空，中国继美国、苏联、英国和法国之后终于迈进了原子核时代。1984年，座落于海盐县秦山双龙岗的秦山核电站破土动工，并于1991年12月15日并网发电，至此我国有了第一座自己研究、设计和建造的核电站。时至今日，我国已有秦山核电站、大亚湾核电站、岭澳核电站、田湾核电站四大核电站投入运营，并有红沿河核电站、宁德核电站等21个在建核电站。[1] 可以说，作为国际原子能机构的成员国，我国已是世界上核电在建规模最大的国家。

2011年3月11日，日本发生里氏9级大地震，地震

---

* 作者系中国政法大学国际法学院硕士研究生。

〔1〕 薛洪涛："国际原子能机构与核能利用法律制度研究"，外交学院2007年硕士学位论文。

和海啸引起福岛第一核电站发生严重核泄漏事故，已经被国际原子能机构定级为6级，或将被定级为7级。与此同时，日本已进入“原子能紧急状态”。此次日本核能事故的灾后紧急应对，可以被看作是这一法律全面执行的评估与现有此类法律的考量。与此同时，与日本隔海相望的我国却面临在核安全和辐射安全方面的法律空白，核能领域基本法——原子能法立法一拖再拖，27年依然没有出台的严重问题。可想而知，一旦此类灾难降临，以我国现在的立法状况，将很难应付。

故作为依法治国的重要一环，原子能基本法及相关法律法规借此契机必须被尽快制定实施，从而健全我国的原子能法律体系，使此类事件有法可依。

一、我国原子能法立法现状

目前，我国在规制原子能领域方面只有一部法律，即由第十届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过，并自2003年10月1日起施行的《放射性污染防治法》。[1] 此外，《矿产资源法》第16条和第26条分别对放射性矿物的开采、普查和勘探作出了规定；《产品质量法》对因核设施、核产品造成损害的赔偿责任进行了特殊规定；《侵权行为法》第70条也规定了民用核设施致人损害责任，等等。核能源行政法规和规章是核能源立法体系的重要组成部分，其中有关原子能发电的包括《民用核设施安全监督管理条例》，《核两用品及相关技术出口管制条例》，《核出口管制条例》，《核电厂核事故应急管理条例》，《核材料管制条例》以及《民用核安全设备监督管理条例》，等等。[2] 其他就是由相关政府工作部门制定的核电行业规章，其内容可谓涉及方方面面，但却缺乏统一指引，条文过于繁杂，其内容涉及核事故应急、核进出口、运输、实物保护、废物管理及核设施监管等。例如，涉及核事故应急的部门规章有《核电厂核事故应急演习管理规定》；涉及核设施、核材料监管的部门规章有《国防科技工业军用核设施安全监督管理规定》、《核材料管制条例实施细则》等等。[3] 同时，还有一些地方性法规与规章，如大亚湾核电站附近的广东、深圳及浙江地方政府专门就核电厂辐射环境保护出台了

---

〔1〕 黄振中等：《中国能源法学》，法律出版社2009年版，304页。

〔2〕《注册核安全工程师岗位培训丛书》编委会主编：《核安全相关法律法规》，中国环境科学出版社2004年版。

〔3〕 赖江南等：“适应新形势，建立健全原子能法律体系”，载《中国核工业》2006年第7期。

管理规定；广东、天津及河南就放射性废物管理出台了具体的管理办法。

与此同时，我国作为国际原子能机构（IAEA）的成员国，还签署了一系列由 IAEA 主持制定的原子能领域国际公约，包括：《国际原子能机构规约》、《及早通报核事故公约》、《核事故或辐射紧急情况援助公约》、《核安全公约》和《乏燃料管理安全和放射性废物管理安全联合公约》等等。[1] 另外，我国还与一些国家签订了涉核的双边或多边条约。到 2009 年止，我国累计签署核能领域的国际条约及部门间协定 70 项。[2]

最近针对日本地震而引起的核灾难的警示，环境保护部发布了《核动力厂环境辐射防护规定》，要求我国核动力厂包括核电厂在选址时，必须综合考虑厂址所在区域的地质、地震等厂址周围的环境特征，必须考虑厂址所在区域内可能发生的自然或人为的外部事件对核动力厂安全的影响。同时要求，核动力厂应尽量建在人口密度相对较低、离大城市相对较远的地点。[3]

至于一直缺位的《原子能法》，在 1984 年国家核安全局成立后，国家就开始启动我国原子能法的编制工作，具体由国家核安全局会同原核工业部、卫生部等政府部门起草。但由于原子能法牵涉部门较多，部门之间意见分歧较大，协调难度大，难以形成共识，立法陷入停滞[4]。1999 年，新的国防科工委成立不久即组织开展了原子能立法比较研究工作，并再次成立起草小组，将原子能法的立法工作列入科工委“十五规划”中。起草小组比较研究了美、英、法、德、俄、日、韩及我国台湾地区等近三十个国家和地区的原子能法律制度，调研了我国核能研究、开发和利用的实际情况，听取了有关部门和单位领导专家和管理人员的意见，在此基础上经多次修改，2006 年初其实已形成《原子能法》（草案）第一稿，4 年过去了，目前仍在修改完善，准备适时上报国务院。[5]

---

[1] 薛洪涛：“国际原子能机构与核能利用法律制度研究”，外交学院 2007 年硕士学位论文。

[2] “核电标准政策解读”，参见 http://www.caea.gov.cn/n602669/n602673/n602686/n607350/433400.html。

[3] 刘俊武：“日本核泄漏灾难警示：中国还缺一部核安全法”，载《法制日报》2011 年 3 月 16 日。

[4] 刘俊武：“日本核泄漏灾难警示：中国还缺一部核安全法”，载《法制日报》，2011 年 3 月 16 日。

[5] 赖江南等：“适应新形势，建立健全原子能法律体系”，载《中国核工业》2006 年第 7 期。

二、我国原子能法律体系所存在的问题

正如第一部分所述，我国的原子能立法涉及方方面面，其实已经初具规模，但随着我国核电技术的发展，核电站数量和覆盖范围的提高，最近世界各地地质灾害频发，现有的法律法规还是无法适应当前的发展的。

总体来说，主要存在如下几方面问题：

首先，核安全涉及到铀矿资源的勘探和开采、整个核燃料循环、放射性废物处置、放射性物质运输、核技术应用、市场准入、事故应急、核损害赔偿、法律责任等诸多方面。[1] 但是，目前有关核安全的法规规章无法涵盖上述方面，亟待制定一部专门的核安全法，凌驾于这些法律法规规章之上，以原子能基本法的形式明确核安全监管的主体、程序及责任，核安全事故的信息公开等等，将核安全纳入法治的轨道。[2] 而且，国际上成熟的和能源领域的立法经验也表明，核能源领域基本法对核能的和平利用发挥着重要的保障作用，由于国家核能源法的缺位，使单行法律法规的制定和修改缺乏统筹协调和统一的指导原则，是当今我国核能法律建设的首要问题。[3]

其次，核电相关立法亟待修改和完善。例如，关于放射性物质的运输，有关的综合性行政法规缺乏，没有统一的行政法规对各部门的职责加以明确的划分。[4] 再如，对于核安全监管机构法律责任空白问题：核安全立法既要规定核设施营运单位及其工作人员的法律责任，更要落实核安全监管机构的法律责任。[5]

再次，立法文件普遍级别不高，多为行政法规、规章，只有整部《放射性污染防治法》和《矿产资源法》、《产品质量法》、《侵权行为法》等其中的相关法条是全国人大所制定的法律。比如环境保护部近日发布的《核动力厂环境辐射防护规定》即属于政府部门规章范畴，只是涉及核电厂的选址和环境标准问题，法律层级和效力都明显偏低。

最后，责任分工不够明确。就核安全监管现状而言，存在多头管理的扯

---

〔1〕濮继龙等："对我国原子能领域立法的一些思考"，载《核安全》2006 年第 3 期。

〔2〕薛洪涛："国际原子能机构与核能利用法律制度研究"，外交学院 2007 年硕士学位论文。

〔3〕黄振中等：《中国能源法学》，法律出版社 2009 年版，308 页。

〔4〕赖江南等："适应新形势建立健全原子能法律体系"，载《中国核工业》2006 年第 7 期。

〔5〕刘俊武："日本核泄漏灾难警示：中国还缺一部核安全法"，载《法制日报》2011 年 3 月 16 日。

皮问题。仅以有关放射性的许可登记举例，目前对核设施安全的许可由隶属于环保部的国家核安全局审管，对放射工作的许可则仍按照《放射性同位素与射线装置放射防护条例》的规定由卫生、公安部门审管，对贮存、处置放射性固体废物的许可则由国务院环境保护行政主管部门审管。[1] 一旦发生核污染事件，这种多头管理的体制就容易出现相互推诿难以问责的情况。

其他，例如透明度不强、做不到及时告知等问题，也亟待解决。

三、对我国《原子能法》的制定与该法律体系完善的浅见

（一）尽快制定颁布《原子能法》

大多数有核国家和地区都有原子能基本法，用以规范原子能领域的相关活动，如英国于1946年颁布的《原子能法》，美国于1954年颁布的《原子能法》，日本于1955年颁布的《原子能基本法》，德国于1985年颁布的《和平利用原子能和防止其危害法》。[2] 1986年4月6日，前苏联（现位于乌克兰境内）的切尔诺贝利核电站核泄漏事件，也促进了之后全世界尤其是东欧地区的原子能立法，俄罗斯于1995年颁布了《联邦原子能利用法》。[3]

这些国家中，有的国家原子能基本法的规定详细具体，具有很强的可操作性，如美国现行的原子能法（即《1954年核能源法》）基本涉及了原子能事业的所有环节与领域，共有291条，内容详尽。作为美国的核能源基本法，该法不仅严格界定国家对开发和发展民用核能源的政策，明确了联邦和地方的权限，规制涉核犯罪行为并且规定了和损害赔偿的限额责任等，还深入到很多细节之中，比如其中对于核设施运营许可证颁发的规定，具体到许可证的颁发机关、工作程序以及颁发时限、甚至工作日期的计算。[4] 而后，又从中派生出《1980年核安全研究、发展以及演示法》、《1982年核废料政策法》、《核立法局授权法》等。[5]

而有的国家和地区则只将原则性的规定写入原子能基本法，而将实践中所需的具体条例写入部门规章及相关实施细则中，如日本的《原子能基本法》

---

〔1〕 刘俊武："日本核泄漏灾难警示：中国还缺一部核安全法"，载《法制日报》2011年3月16日。

〔2〕 参见国家能源局政策法规司：《中外核电相关法律法规选编》，法律出版社2009年版。

〔3〕 参见国家能源局政策法规司：《中外核电相关法律法规选编》，法律出版社2009年版。

〔4〕 阎政：《美国核法律与国家能源政策》，北京大学出版社2006年版，第215页。

〔5〕 黄振中等：《中国能源法学》，法律出版社2009年版，第316~317页。

和我国台湾地区的“原子能法”。我国台湾地区的“原子能法”只有区区34条，却也囊括了包括行政法规定、环境法规定、刑法规定等范围极广的原则性、概括性规定，而把如何具体实施的问题都留给了足有63条之长的《台湾原子能法施行细则》。

笔者认为，我国可以结合在和平利用原子能领域的实践和现有的立法具体情况，参考国际上原子能利用领域的法律实践，较偏向于向日本和我国台湾地区学习，只将原则性的、概括的规定全面地写入《原子能法》，作为总领，同时在整合与保留以往原子能相关立法的同时，制定相应的实施细则以保证《原子能法》的实施。因为我国已经有很多相关立法正在此方面起着积极的作用，对其全盘否定或全盘重整都是不现实的，故而只有这样做，才能在保持稳定的同时，使我国对于此方面的规制上升到一个新的台阶。该基本法在内容上应当确定原子能发展的方针、指导思想、基本原则等，同时确定规范原子能领域各类业务活动的基本法律制度，以担负起作为统领原子能领域法律法规的基本法的作用。在调整对象上，我国的原子能基本法应该包括：①主体与职责；②适用的相关产业活动；③监督管理体制；④监督管理程序；⑤独立的核安全监督管理；⑥科技进步、国际交流与合作；⑦核事故应急；⑧财务保障机制；⑨法律责任（包括刑事责任）；⑩补偿与赔偿，至少十项内容，[1] 用以突出《原子能法》的核心地位，并注意此法与原有此方面法律法规的对接，以及与我国已签署公约和国际惯例的对接。与此同时，我国《原子能法》也当然要起到弥补我国此类法律法规既往不足、与国际原子能机构的各种条约强制性不足等问题的作用。

（二）在立法同时，修改、补充、完善现行相关法律法规

我国在原子能方面的立法是从各个方向的法规规章入手的，但作为基本法的《原子能法》却非常滞后。这种现象是与其他国家和地区，比如美国的做法是正好相反的。美国是围绕1954年的《原子能法》构建了一个管理核能的总的法律框架，其中，在核能事业的管理体制上，1974年制定了《能源重组法》；1977年又颁布了《能源组织部门法》；在对放射性废物的管理上，1985年制定了《低放废物政策修改法》及其修正案；对于高放射性废物管理则由《核废物政策法》和1992年的《能源政策法》进行规范；对放射性物质

---

〔1〕濮继龙等：“对我国原子能领域立法的一些思考”，载《核安全》2006年第3期。

运输的管理规定见《危险物质运输法》；在核不扩散和出口许可制度上1978年制定了《核不扩散法》等等。[1] 可以说，之后的立法几乎都是从《1946年核能源法》与《1954年核能源法》之中派生出来的。故我国既然反其道而行之，已经有了一些此方面的法律规定，尤其是还有内容庞杂的众多法规，就一定不要忽视这些立法的存在，应该让本国的原子能基本法从中建立起来并作为其统领。

笔者认为，在制定原子能基本法的同时，要立足实际需要，对于已有内容，该修改的尽快修改，该完善的尽快完善。比如有关管理部门的权力职责的条款，即《核材料管制条例实施细则》第3条中关于能源部委托中国核工业总公司的规定等，都已与现实不符，必须尽快修改。[2] 再如，在原子能领域行政法规中，较多地规定了行政许可的管理方式，但在设定行政许可时，基本没有主管机关审批期限的规定。就如《民用核设施安全监督管理条例》设置了核设施建造许可证、核设施运行许可证、核设施操纵员执照等许可制度，但是都没有对核安全局关于审批及答复期限的具体规定。[3] 对于原有某些法规操作性不强的问题，在修改时，先要注意对立法目的、主体、程序、期限、违反了怎么处置此类基本问题的详细规定。与此同时，应该注意监督与促进并重，明确监督主体和程序。

（三）立法同时，应该提高某些相关既有法规的层级效力

国际上其他主要核能发达国家有关原子能的法律法规层级很高，在法律层面上的立法较多：其中，美国法律层面上的涉核立法最多，有《原子能法》、《核废物政策法》、《废物隔离试验厂土地征收法》等；日本有《原子能基本法》、《核资源、核燃料与反应堆管理法》、《核损害赔偿法》等；英国有《原子能法》、《放射性材料法》、《核设施法》等。[4]

而我国经过多年的实际运行实施，目前涉核的行政法规及行政法规性文件，有的已具备提升为法律的基础和必要，而且笔者认为我国立法机关现在

---

〔1〕 阎政：《美国核法律与国家能源政策》，北京大学出版社2006年版，第215页。

〔2〕 赖江南等："适应新形势建立健全原子能法律体系"，载《中国核工业》2006年第7期。

〔3〕 叶荣泗等：《中国能源法律体系研究——能源立法战略安全可持续发展》，中国电力出版社2006年版，第195页。

〔4〕 叶荣泗等：《中国能源法律体系研究——能源立法战略安全可持续发展》，中国电力出版社2006年版，第195页。

也确实在这样做，例如，为适应引进大亚湾核电站的需要，1986 年国务院通过《关于处理第三方核责任问题的批复》，对核领域民事责任问题进行了规定，该文件是国务院发布的行政法规性文件，发布后对促进核领域对外合作发挥了积极作用。因此，此方面的原则性规定被我国刚刚颁布实施的《侵权责任法》所吸收，作为其第 70 条：民用核设施发生核事故造成他人损害的，民用核设施的经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因战争等情形或者受害人故意造成的，不承担责任。[1] 因此，随着我国核电产业的加速发展，对外合作的增多，并且原子能基本法难产的情况下，有必要用此种方式，有步骤地提升此类文件的层级效力，完善其内容，以适应核能发展的需要，与其他核能大国在核能法律发展上接轨。

（四）明确责任分工，实现权责分明

2011 年 3 月 11 日，日本发生里氏九级的大地震，根据《原子能灾害特别措施法》（以下简称《特别措施法》）总章第 1 条规定，核能灾害发生后，首相必须根据情况向社会公布紧急事态，并立即成立中央政府灾害对策本部。日本各级政府在对策本部的领导下，设立各级灾害应对机构，尤其在灾区应设有临时对策总部，负责处理灾民安置、进一步撤离以及善后工作等。[2] 故按照法律规定，3 月 11 日，日本政府宣布灾害对策部成立。随后，日本央行等所有内阁部门成立了自己的灾害对策部，一些重灾区的地方政府，如仙台等也紧跟其后成立了相应的灾害对策部。15 日，随着福岛核电站险情恶化，日本政府还宣布设立以首相菅直人为本部长的“福岛核电站事故对策统合本部”。

同时，根据《特别措施法》规定，中央政府灾害对策本部负责人将统一下达指令，对各级行政机关和当地政府、核电站运营方和其他相关机构进行资源调配。而中央政府对策本部将紧密和当地政府的现场临时对策总部进行联动。[3] 且在《日本原子能基本法》总则第 4 条中还规定，日本核安全委员会（NSC）负责统筹全日本的核能源管理。故按照规定，日本核安全委员会（NSC）于是紧急部署相关救援行动，成立核问题专家组，对核辐射情况进行

---

〔1〕《侵权责任法》。

〔2〕《核能灾害对策特别措施法》。

〔3〕《核能灾害对策特别措施法》。

研判。《特别措施法》第 5 章第 27 条还规定，灾后相关企业应结合核应急措施和其他规定，如《核灾害估算法令》，以及核电站运营商的紧急救灾计划等，立即开展救助。

因此，由于日本在《特别措施法》中，详细规定了主管机构、应急机构、临时机构及其负责人员，还规定了从首相到核电公司各司其职的上述责任分工，故到目前为止，对于此次严重的核危机的处理，仍能有条不紊的进行。

从日本对这次核泄漏事件的应急处理中，笔者得出这样的结论：在原子能立法中，应该参照国际通行法则，明确一个利益相对超脱、地位相对独立的权威机构（如在我国建立一个“国家核安全局”）专门进行核安全监管，彻底解决我国多头管理、职能交叉的老问题。[1] 同时，在立法中，要重点落实核安全监管机构的法律责任，解决核安全监管机构法律责任空白的问题。[2] 原子能基本法不仅要规定核设施营运单位及其工作人员的法律责任，更要落实核安全监管机构的法律责任。[3] 只有依法明确核安全监管机构的法律责任，才有可能将核安全监管的责任落到实处。

（五）增强透明度

在此次事故中，日本官方对核电事故信息披露的态度也是核电安全的一大隐患，这一点是由相关立法和监管不力造成的。[4] 据此，在我国正在订立的原子能法中，应该明确要求核安全事件事故不论大小一律第一时间通过媒体向公众公布，充分满足公众对核安全的知情权，如有隐瞒将依法追究有关职能部门负责人的法律责任。只有这样做，才能减少民众恐慌，杜绝 2010 年发生的“误报大亚湾核电站发生泄漏事故”的事件重演。

目前世界核电领先国家法国，其在政府监管和立法方面的经验可以借鉴。法国在核电工业起步之初，就着手建立一套值得称道的以信息透明度为基础的管理体制和庞大的向公众宣传、沟通体系。[5] 早在 20 世纪 60 年代初期，法国政府就成立了核管理局，主要职责除制定核安全原则，还有就是监督核

---

〔1〕 濮继龙等：“对我国原子能领域立法的一些思考”，载《核安全》2006 年第 3 期。

〔2〕 刘俊武：“日本核泄漏灾难警示：中国还缺一部核安全法”，载《法制日报》2011 年 3 月 16 日。

〔3〕 李景等东京讯，“日本核灾害应急机制面临大考”。

〔4〕 李景等东京讯，“日本核灾害应急机制面临大考”。

〔5〕 濮继龙等：“对我国原子能领域立法的一些思考”，载《核安全》2006 年第 3 期。

设施运行安全，充当核电“警察”。[1] 这样，一开始就把核电站运营单位和核安全监督机构的职能完全分开了。从而克服了切尔诺贝利事件的体制原因：运营单位自己监督自己的安全。日本并于2006年颁布了《信息透明与核电安全法》，这一法律旨在对公众披露可靠而又通俗的所有核电的信息。[2] 另外，相关企业透明化运作，令公众对安全的忧虑也能减轻。

---

〔1〕 李景等东京讯，“日本核灾害应急机制面临大考”，载《21世纪经济报道》2011年03月16日。

〔2〕 李景等东京讯，“日本核灾害应急机制面临大考”，载《21世纪经济报道》2011年03月16日。

核能法战略研究

张皓翔*

一、前言

2011年2月28日，中国工程院发布《中国能源中长期（2030、2050）[1] 发展战略研究》，就我国核能中长期发展战略，该研究报告明确提出了不同阶段的发展目标、技术路线和产业布局，分析论证了我国铀资源、核燃料加工生产、快堆及后处理、环境保护和核安全等核能可持续发展面临的主要挑战和应对策略。该研究结论指出，我国加速发展核电是必要的、迫切的。

《研究》指出，目前要提高核电设备的自主供应能力，特别要抓紧难以进口的特殊设备的国产化。要提高核电设备的设计和制造技术水平，掌握核心技术和关键技术。要利用二代机组的装备制造基础，通过全面引进技术和实施国家重大专项对三代装备制造的关键技术，加快实现三代机组装备制造的国产化能力，包括部分用

---

* 作者系中国政法大学国际法学院硕士研究生。

[1] 杜祥琬："能源科学发展观研究概要——《我国能源中长期发展战略研究报告》要点"，载《科学时报》2011年3月1日。

量较大的关键材料的国产化也将指日可待。必须尽快建立我国核电的标准规范体系。在起步阶段针对不同建设项目，分别利用和制定相应的规范标准，满足当时核电建设要求；核电进入批量化规模建设阶段，必须尽快建立我国统一的标准规范体系，实现标准体系的系统化、完善化、法规化。

二、国际核能合作框架的改革与发展

当前全球正处于核能和平利用的新时期，包括核电在内的国际新兴市场备受关注。根据国际原子能机构数据，截至2010年9月，世界现有29个国家拥有正在运行的核电站，另外有65个国家对核电感兴趣，其中21个国家位于亚洲及太平洋地区。2010年6月，为适应核能发展新形势，鼓励处于不同技术与经济发展阶段国家的参与，“全球核能伙伴计划”（GNEP）[1] 进行了改革，之后诞生了一个新兴民用核能合作框架——国际核能合作框架（简称为IFNEC）[2]。

中国是IFNEC创始国之一，在推动IFNEC组织机构成立、完善制度建设方面发挥了重要作用。在当前核电加快发展的形势下，积极参与国际核能多边合作，对于提升我国影响力，占领国际核电市场具有重要意义。核电发达国家希望借助IFNEC这个平台，展示本国核能技术水平，提升国际影响力，进而实现与别国核能的合作，争夺国际核电市场，最大化地获取商业利益的目的。

因此，我国在参与IAEA相关活动，认真履行国际义务的同时，应该更加重视IFNEC的相关活动，特别是国内相关企业和科研院所应密切关注IFNEC进展，更多地争取发言权，提高自己的影响力，并获得相关权益。同时应审时度势，加快“走出去”步伐，在与核电发达国家合作的同时，逐步提升在周边发展核电国家与地区，以及有意开发利用核能国家中的影响力，借助这一论坛促成双边及多边民用核能合作的实现。

此外，我国应加大对IFNEC方面的投入力度，进一步充实IFNEC相关工作支持单位的力量，同时需要更多的部门和单位参与到IFNEC的活动中来。

---

〔1〕 Global Nuclear Energy Partnership，2006年2月美国政府宣布“全球核能伙伴计划”，美国将与具备先进核能技术之国家合作，开发新核燃料循环技术，以产生更多能源、减少废弃物与降低核武扩散之顾虑。该计划于2007年5月21日与法、日、俄及中国等国达成共同合作之共识，并签署联合声明，故预计再循环利用将成为未来国际上用过核子燃料营运策略之主流。

〔2〕 International Framework of Nuclear Energy Cooperation.

国内重要核工业企事业单位、教育机构等要将参与 IFNEC 相关活动作为其核能国际合作时应考虑的重要平台，在进行新技术交流的同时，加大开发利用其在经济贸易方面的潜在价值。

三、中国核能产业发展现状

在我国加速发展核电的状态下，近期，东方电气、中国一重等大型电力设备商先后披露接到核电设备大单[1]。面对我国未来 10 年核电装机容量的巨幅扩容，核电设备的千亿市场蛋糕初现雏形。相比国有大型核电设备商，试图进入分羹该市场的民企需要应对门槛高企的挑战，在争取核电设备资质上下工夫。

需要注意的是，由于核电产业以“安全”为第一原则的特殊性，核电设备市场向民营企业开放的力度很是谨慎。在业内人士看来，东方电气、上海电气、中国一重、中国二重等几家大型核电设备商是中核、中广核等核电运营商最青睐的设备商，原因是这些设备品牌在外、产品质量比较可靠、安全性有保障。

这也直接使得近年来上述几家核电设备商承接了绝大多数核电设备的订单。我国核电设备市场也因此从一开始就带有一定的垄断色彩，大量民营设备商因不具备核电设备生产资质而被挡在门外。

然而，我国核电发展目标一再扩容，使得核电设备的订单量也开始放量，已有的几家核电设备商远远不能满足国内核电建设进度的要求。据了解，目前几大核电设备商手中的设备订单非常饱满，甚至满负荷运转都无法满足订单需求。例如，东方电气目前手中的核电订单累计就有 400 亿元[2]。然而，却有大批设备企业因资质问题无法供应核电设备。据浙江省能源局介绍，浙江目前有 150 多家规模以上的能源装备生产企业，年产值近 360 亿元[3]，但是具备核资质的企业不到 30 家。

---

〔1〕 国务院国资委电：由东方电气、一重、二重等建设的岭澳二期 1 号机组于 9 月 20 日正式投产，澳核电站二期建设两台 108 万千瓦压水堆核电机组，是国家核电自主化依托项目之一。该项目由中广核工程设计有限公司与中国核工业第二研究设计院、中国核动力研究设计院联合设计；由东方电气、上海电气、中国一重、二重等企业制造设备，国产化比例超过 64%，2010 年 9 月 20 日。

〔2〕 参见 http://finance.qq.com/a/20110406/005151.htm，东方电气（01072 - HK）：核电工程进度未受影响，料今年核电订单下降。

〔3〕 参见 http://news.sohu.com/20090610/n264451369.shtml，“中广核抛来转型升级橄榄枝 浙江核电业欲国产化”，载中国新闻网，访问时间：2011 年 6 月 10 日。

一方面是国内已有核电设备商的产能受到挑战，另一方面是大量民营企业梦寐以求进入核电设备市场却难以如愿。同时，我国目前的核电设备国产化率仅有50%左右，大量国外核电设备商开始觊觎我国巨大的核电市场。因此，要避免被国外核电同行捷足先登，就必须加速推进我国核电设备国产化。

为了保证我国核电产业在国际竞争中免于落后，我国核电设备市场应该在建立较高资质门槛的基础上，支持公平竞争。一方面，建立较高的资质门槛，对于保证核电生产的安全性是必要的，这也是目前我国核电设备开放趋于谨慎的主要原因。未来需要从多个层面将资质具体化，不仅让民营企业熟悉资质要求，更能激励其提升产品质量以满足资质要求；另一方面，鼓励并推进核电设备国产化，同样需要调动民营资本参与的积极性，以充分利用各界资金、资源，推进我国核电的大发展。有鉴于此，随着近年来中国核能开发利用的迅速，中国目前最为欠缺、最为紧迫需要制定的是这方面的基本法——《核能法》，并将其作为有力的经济政策杠杆，综合运用体制机制改革、管理调控措施、经济政策、法律、行政措施、科技创新和文化创新推进等手段，形成科学的政绩考核体系和节能减排的长效机制，为绿色、低碳发展提供有力保障。

四、中国核能法律制度的完善

（一）中国核能法律制度的缺陷

目前中国核能法律制度主要存在以下问题：

1. 缺乏核能开发利用的基本法——《核能法》。虽然中国核工业已有50多年的历史，至今已建立起一套具备一定规模的、较为完整的、军民结合的核工业体系，但遗憾的是现在还没有一部与之相适应的能从全局、整体和宏观上对核能的开发和利用进行全面调整的基本法。这与核能的特殊性、中国的核大国地位以及所承担的相关国际责任，是不相称的。况且，世界上大多数核发达国家都有核能基本法。

2. 立法体系以行政法规和部门规章为主，规范效力低。虽然2003年颁布的《放射性污染防治法》[1] 是作为核能方面的基本法支撑着整个核能开发利用的法律体系，但是该法本身也主要是从管理层面规范核能开发利用关系的。

---

〔1〕《放射性污染防治法》已由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第三次会议于2003年6月28日通过，现予公布，自2003年10月1日起施行。

同时，从法律形式上看，现行的核能开发利用的法律体系主要是由大量的行政法规和部门规章构成的，规范效力低，况且有的已经过时，因而已经无法适应新的核能开发利用的要求。

3. 具体制度不健全。例如，针对核能开发利用过程中可能出现的对人身、财产和环境造成损害的赔偿问题，我国法律还没有明确规范，尤其是缺乏对民用核设施的商业保险行为的明确法律规范。又如，随着我国核事业的发展以及核技术应用的日益广泛，放射性物质运输的需求也在不断扩大；而对于放射性物质的运输活动，我国也缺乏相关的法律规制。

（二）中国核能法律制度的完善措施

鉴于中国核能法律制度的上述缺陷，我们可以在如下方面加强工作：

1. 制定《核能法》。早在20世纪80年代，中国就开始了《核能法》的立法工作。然而，由于管理体制改革等原因，《核能法》立法进程十分缓慢。在缺乏核能基本法的情况下，我国形成了以行政法规和部门规章为主体的核能开发与利用法律体系。随着核电的大规模发展，核能开发与利用活动牵涉面越来越广，利益关系越来越复杂，这种法律体系的弊端愈发显现。一方面，立法层次的偏低与核能工业的重要地位、核电的规模化发展趋势等不相适应；另一方面，由于缺乏统筹协调的基本指导原则，这些本来层次偏低的法规在实施中效果大打折扣，从而给核电的健康发展带来难以预见的负面影响。

因此，结合中国核能开发利用的现实情况，并借鉴其他核发达国家的立法实践，中国的《核能法》应当涵盖以下内容：立法宗旨、适用范围、发展与国际合作原则、铀矿资源的保障与勘查、采冶管理、核材料管制、核设施管理、核技术应用管理、核安全、核事故应急准备与响应、放射性物质的运输、放射性废物管理、核进出口、法律责任等。

2. 制定和修改中国核能开发利用法律体系中的行政法规。具体而言，中国在下一阶段应着重制定或修改以下行政法规和部门规章：制定《放射性物品运输安全管理条例》、《核损害赔偿条例》、《放射性废物安全管理条例》、《核反应堆乏燃料道路运输管理暂行规定》和《放射性矿产资源勘查与采冶管理条例》，修改《核电厂核事故应急管理条例》、《民用核设施安全监督管理条例》、《核材料管制条例》、《核出口管制条例》、《核两用品及相关技术出口管制条例》和《核进出口及对外核合作保障监督管理规定》等。

因此，政府应当积极开展核能开发利用过程中的放射性污染防治工作，

将放射性污染防治工作纳入环境保护规划，组织开展有针对性的放射性污染防治宣传教育，使公众了解放射性污染防治的有关情况和科学知识，同时加强放射性污染防治的国内外交流与合作；核设施营运单位、核技术利用单位、铀（钍）矿和伴生放射性矿开发利用单位，应主动接受环境保护行政主管部门和其他有关部门的监督管理，并依法对其造成的放射性污染承担责任，从而最终实现“和谐社会”的目标。此外，关于核损害的赔偿问题，应当坚持“无过失责任”原则。今后相关部门还应根据有关实践，为中国核能开发利用法律制度的进一步完善建言献策。

笔者建议，尽快制定我国核能领域的基本法，对包括核电开发与利用中的所有重要问题做出全面规范，包括管理部门及职责划分、许可证的颁发、核材料的使用、核设施的开发与研究、核电站的安全管理与风险控制、核损害的赔偿等。在具体立法思路上，可以制定涵盖军民两用的核能法，也可以专门就核电开发制定基本法。核能领域的基本法出台后，应该在其统领之下，对现行行政法规和部门规章进行系统梳理和全面修订，最终构建起以基本法为统领、以行政法规和部门规章为主体，以技术标准和规程为重要组成部分的核电领域法律规范体系。

试论国际原子能机构与联合国的合作互动机制

史艳*

一、历史渊源

虽然在《联合国宪章》中，并未提及原子能领域的相关问题，但是在联合国成立后，联合国就开始着手原子能领域的筹备工作。在1946年第一届联合国大会上就提出了建立联合国原子能委员会的设想，该委员会致力于在原子能领域提出安全管制与和平利用建议指引。该委员会成立后，提出了一系列有建设性的建议。在委员会成立后的几年中，围绕原子能委员会是“先管制核利用后消除核武器”，还是“先消除后管制”的问题，美苏分歧甚大，致使原子能委员会工作陷入僵局。1952年，联合国大会通过第502（VI）号决议，原子能委员会被解散。虽然原子能委员会因为美苏在原子能问题上的分歧而解散，但我们看到国际社会关于建立统一的规范原子能和平利用的国际组织的趋势已不可逆转，而原子能

* 作者系中国政法大学国际法学院硕士研究生。

委员会所形成的报告等其他成果对后来的国际原子能机构产生了一定的影响。

20世纪50年代，国际核领域发生重大变化，从美国一国核垄断到美苏两国对峙到多国核平衡，国际社会意识到无秩序的核扩散会造成世界危机，而主要有核国家也希望控制无核国家掌握核技术，保持自身的核垄断地位。于是，在1953年12月8日的联合国大会上，美国总统艾森豪威尔发表演说，倡导“和平利用原子能”，并呼吁建立国际原子能机构，来控制核技术应用于军事，倡导和平利用核技术。1954年，联合国大会通过810A（IX）号决议，开始着手建立国际原子能机构；会上，联大还决议召开国际原子能和平利用大会，并建立联合国秘书长的和平利用原子能的咨询委员会。随后，在美英等国的积极推动下，国际社会召开八国会议，争取就《国际原子能机构规约》达成一致。1955年，苏联改变态度加入到八国集团中，并参与了日内瓦会议。在1955年召开的联合国大会上，联合国接受苏联的建议，将苏联、捷克斯洛伐克、巴西、印度四国加入到八国集团，因而将八国集团扩大为十二国集团，并将《国际原子能机构规约》草案散发给联合国成员国和联合国专门机构，并决定于1956年底在联合国总部召开会议，复审并最后批准该规约。1957年7月29日，26个国家批准了《国际原子能机构规约》，该规约正式生效。[1]同年，联合国和平利用原子能咨询委员会与国际原子能机构协商订立两者之间关系的协定。[2]

从联合国原子能委员会到国际原子能机构的成立，我们可以看到联合国与国际原子能和平利用的关系源远流长。从建立国际原子能机构构想的提出，到《国际原子能机构规约》的讨论通过，到各国加入国际原子能机构，《国际原子能机构规约》的生效，联合国都发挥了无可替代的推动作用。在国际原子能机构成立后，联合国和国际原子能机构根据《关于联合国与国际原子能机构关系的协议》（以下简称《关系协议》）（Agreement Governing the Relationship between the United Nations and the International Atomic Energy Agency），在各自的职权范围内，在国际社会和平利用核技术、控制核扩散、推进核裁

[1] 岳汉景：“国际原子能机构产生的背景及其基本功能与局限”，载《解放军外国语学院学报》2008年3月。

[2] Sheel Kant Sharma：“国际原子能机构和联合国大家庭核合作网”，载《国际原子能机构通报》1995年第3期。

军等方面开展广阔的合作，并取得显著成效。

二、国际原子能机构与联合国的特殊工作关系

根据《联合国宪章》第57条[1]和第63条[2]的规定。联合国可以与对某一特定领域负有广泛国际责任的政府间专门性国际组织订立关系协定，使之成为联合国的专门机构。[3] 联合国专门机构是根据政府间缔结的协定或根据联合国的决定设立的，在经济、社会、教育、文化、卫生及其他有关领域负有广泛国际责任，并根据与联合国经社理事会缔结的协定与联合国发生关系的专门性国际组织。[4] 联合国经社理事会有两个委员会，第一个为同政府间机构协商委员会，负责与专门机构进行谈判，订立关系协定；第二个为协调行政委员会，负责实施上述协定并加强各机构之间的工作配合。[5]

由于国际原子能机构负责领域的特殊性，使得《关系协议》显得异常复杂，这一相互关系的协定需要考虑到国际原子能机构职能的特殊性和《国际原子能机构规约》的有关规定，所以在国际原子能机构与联合国的关系上，联合国给予了它区别于联合国一般专门机构的待遇。[6] 联合国将国际原子能机构界定为区别于专门机构的相关组织。[7] 它未与经社理事会缔结关系协定，而是直接与联合国大会缔结关系协定，与联合国大会与安理会开展合作。[8] 但是，国际原子能机构有类似于专门机构的地位，作为联合国体系的一部分参与联合国的活动，基本被作为专门机构来对待。

---

〔1〕 第57条：一、由各国政府间协定所成立之各种专门机关，依其组织约章之规定，于经济、社会、文化、教育、卫生及其他有关部门负有广大国际责任者，应依第63条之规定使与联合国发生关系。二、上述与联合国发生关系之各专门机关，以下简称专门机关。

〔2〕 第63条：一、经济及社会理事会得与第57条所指之任何专门机关订立协定，订明专门机关与联合国发生关系之条件。该项协定须经大会之核准。二、本理事会，为调整各种专门机关之工作，得与此种机关会商并得向其提出建议，并得向大会及联合国会员国建议。

〔3〕 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1995年版，第559页。

〔4〕 周忠海主编：《国际法》，中国政法大学出版社2007年版，第460页。

〔5〕 王铁崖主编：《国际法》，法律出版社1995年版，第600页。

〔6〕 Sheel Kant Sharma："国际原子能机构和联合国大家庭：核合作网"，载《国际原子能机构通报》1995年第3期。

〔7〕 参见 http://www.un.org/zh/aboutun/structure/#Others，联合国有16个专门机构，4个相关组织，包括国际原子能机构，全面禁止核试验条约组织筹备委员会，禁止化学武器组织，世界贸易组织。

〔8〕 [德] 马克思·普朗克学会：《国际公法百科全书》第5卷，英文版，第55页，转引自周忠海主编：《国际法》，中国政法大学出版社2007年版，第460页。

《国际原子能机构规约》并未对机构本身在联合国体系内的地位做出规定，只涉及机构与联合国及其专门机构之间的合作等内容。而《关系协议》中也未明确两者之间的关系，但是《协议》第1条指出，在本协议确定的范围内，在不损害联合国根据宪章所享有的权力和承担的义务的范围内，联合国承认国际原子能机构作为一个负责国际原子能和平利用的机构的地位。联合国也承认机构根据其规约作为一个独立自主的政府间国际组织与联合国开展工作的关系（in the working relationship with the United Nations）。

综上，笔者认为，在联合国体系中，国际原子能机构有区别于联合国专门机构的地位，联合国更强调国际原子能机构的特殊性与独立性。作为一个独立的国际组织，国际原子能机构不是联合国的附属机构，它具有自己的成员国，有建立机构的基本规约文件，有独立的组织机构、议事章程、经费来源，其活动也不需经过联合国的批准。但是，由于国际原子能机构职能的特殊性，根据《关系协议》的规定，笔者认为，这种工作关系体现了紧密的合作关系，甚至在机构执行失效时，机构表现出对联合国明显的依赖，这大大限制了机构作用的发挥，也影响了机构独立执行其职能的权力。

三、国际原子能机构与联合国的合作互动机制

根据《关系协议》和《国际原子能机构规约》的有关规定，国际原子能机构与联合国大会、联合国安理会、联合国其他机构、联合国专门机构之间开展互动合作关系。这种关系不仅体现在国际原子能机构的活动需要受到《联合国宪章》有关的国际法原则的限制，也表现在机构与联合国的具体工作的安排上。联合国是全球最大最重要的普遍性国际组织，联合国安理会是国际上唯一有权采取行动维持国际和平与安全的组织，因而联合国对国际原子能机构职能的开展有强大的辅助作用，但也正是这种强大的干预力量使国际原子能机构在执行职能的过程中受到一定的限制。

（一）联合国宪章的原则性指引

《关系协议》第1条第4款指出，国际原子能机构在符合《联合国宪章》关于促进国际和平与国际合作的目标与原则的范围内开展活动，并且其活动要与联合国关于推进国际裁军的政策以及根据这一政策生效的其他国际协定相一致。《国际原子能机构规约》第3条B项第1款也作了相同的规定。国际原子能机构是《不扩散核武器条约》的执行机构，而“和平利用原子能；进

行核核查，控制核扩散；推进核裁军”是《不扩散核武器条约》的三大支柱。[1] 而促进原子能的和平利用，推进核裁军也是国际原子能机构建立的初衷，正如《国际原子能机构规约》第2条所言“机构应谋求加速和扩大原子能对全世界和平、健康及繁荣的贡献。机构应尽其所能，确保由其本身、或经其请求、或在其监督或管制下提供的援助不致用于推进任何军事目的”。所以这种原则性的限制理所当然成为国际原子能机构活动的基本原则。另外，《联合国宪章》所确立的国际法基本原则作为国际社会交往的普遍的原则，为国际社会所普遍承认，是处理国际关系的基础，也是判断国家和国际组织行为合法性的根本性国际法原则。所以《关系协议》做出如此的界定也是顺理成章的。

（二）国际原子能机构与联合国及其主要机关之间的合作

国际原子能机构与联合国的合作领域极其广泛，主要体现在报告制度、决议的执行与报告制度、信息交换制度、互惠的代表参与权、会议议程建议权、安理会的执行合作、技术和财务领域的合作等方面。

与一般的联合国专门机构类似，国际原子能机构需要定期向联合国报告工作。根据《关系协议》的有关规定[2]，这种报告分为定期报告和临时报告，所谓定期报告是指机构需要定期向联合国大会提交关于其活动的报告；临时报告的对象主要包括两类，即安理会与联合国经社理事会或其他联合国机关。提交给安理会的报告指，在必要的时候，机构可以将报告提交安理会，当安理会职能范围的有关问题出现时，通知安理会；而当有关问题属于联合国其他机关的职能范围时，机构需要报告其他机关。另外一类特殊的事项的报告涉及的是《不扩散核武器条约》成员国的违约行为的报告。我们可以看到定期报告一般涉及的是机构的常规活动，因而报告的对象也是联合国大会；而临时报告则往往涉及的是突发性事件，并且事件所涉问题落入联合国机关的职能范围，因此对于这类特殊事项，机构需要通知这些机关，并在特殊问题领域寻求与联合国机关开展合作。通知制度是合作的基础。

通知制度是为了谋求国际原子能机构与联合国机关之间在有关国际问题

---

[1] Ana Marfa Cetto：“国际原子能机构技术合作与不扩散核武器条约”，载《国际原子能机构通报》2005年6月。

[2] 《关系协议》第III条。

上的最大程度的行动，与此目的类似，信息交换制度致力于在最大程度上共享信息，提高行政效率，节约资源。国际原子能机构作为一个独立的国际组织，财力物力人力资源有限，而联合国作为最大的国际组织，可以为机构提供更广阔范围内的信息资源，使国际原子能机构及时洞察国际原子能领域的威胁，执行其和平利用原子能和控制核扩散的职能；而国际原子能机构作为在原子能领域负有特殊职责的组织可以为联合国提供深入及时的国际和平安全的信息，使联合国机构更有效地开展维护国际和平与安全的活动。《关系协议》[1] 对这种信息交换的要求是最大程度的最及时的交换，并且规定经一方请求，另一方在合法可行的情况下，为一方提供其请求提供的该领域的特殊研究和信息。可见信息交换也分为主动信息交换与被动信息交换，这种交换体系的设置试图在信息交换领域实现最大程度的合作，实现信息的共享。

与其他联合国专门机构相似，国际原子能机构与联合国之间可以互派代表参与对方的会议，但没有表决权。比如联合国秘书长有权参与国际原子能机构的大会、理事会的例行会议，在合适的情况下，秘书长可以参与联合国事务有关的其他会议。与此相对应，机构的秘书长也有权参与联合国大会、大会的委员会会议、经社理事会和托管理事会的会议以及其他分支机构的会议。但是只有在秘书长被邀请的情况下，他才可能参加安理会的会议，并且秘书长参与会议的目的是为安理会提供机构职能范围内的信息和帮助。[2] 这一点可以说是比较特殊的，其实与国际原子能机构联系最密切的就是安理会，而对于参与安理会的会议，秘书长的权力极其有限，如果安理会在做出与原子能机构职能有关的决议，甚至对有关国家采取行动时，安理会有意识地希望排除国际原子能机构的意见，那么此时机构的职能就会被架空。

虽然国际原子能机构具有相当的独立性，但是从《关系协议》中我们可以看到联合国的有关决议对于机构具有一定的强制性。根据《关系协议》,[3] 联合国可以为机构确定议事项目，在这种情况下，联合国只需要将有关议程通知原子能机构的秘书长，而秘书长则必须将有关事项加入到原子能机构大会或理事会大会的议程中。而与此相对应，在类似情况下，如果原子能机构

---

[1] 《关系协议》第 VI 条。
[2] 《关系协议》第 VII 条。
[3] 《关系协议》第 VIII 条。

向联合国提出类似的请求时，联合国秘书长只需提请联合国大会、安理会、经社理事会或托管理事会注意原子能机构提出的事项。笔者认为，联合国对原子能机构有关会议的议程的决议有一定强制性，而原子能机构对联合国提出的请求的效力却大打折扣。虽然这在一定程度上可能拖延原子能机构的有关议题，但是笔者认为联合国作为一个综合性的国际组织，很多问题更亟待解决，并且如上所述，联合国与原子能机构的合作关系中存在报告制度，报告制度可以使联合国有关机关关注原子能机构的有关问题。当然，报告制度不能强制联合国将有关问题提到联合国层面予以讨论解决，不能从根本上解决原子能机构对联合国机构议程事项的建议性效力。联合国决议对原子能机构有强制性效力还体现在另一个方面，对于联合国大会或联合国理事会做出的与原子能机构有关的任何决议，联合国需要将该决议附带适当的记录送交原子能机构。在联合国要求的情况下，原子能机构有义务提交报告，说明机构或者成员国考虑联合国有关决议后采取的措施。[1] 这说明对于联合国做出的任何决议，原子能机构必须执行，并且为了保障执行的效果，联合国可以要求原子能机构提交执行报告以评估执行的效果。从以上两个方面，我们可以看到联合国的决议对于原子能机构有一定的强制性，而联合国机制在很大程度上受到大国强权政治的影响，联合国的决议往往也带着浓厚的政治色彩，那么这种机制虽然可以保证联合国有关决议得到切实的执行，但是这又使得原子能机构在该领域失去一定的独立性，尤其是原子能领域关系国家安全，而国际原子能机构的发展历史就是核能强国之间制衡与妥协的产物，所以大国往往希望加强对于原子能领域的控制，而政治化色彩浓厚的联合国机制很可能使得国际原子能机构也沦为大国实现政治目的的手段。

国际原子能机构还有权与联合国专门机构一样向国际法院寻求咨询意见，联合国与国际原子能机构在行政上开展合作，在数据服务领域实现最大化的便利与效率，在原子能技术领域双方致力于有效的技术支持与合作，还包括在财政预算、人事安排方面保持充分的联系，以使机构以最高效率的方式运行。

（三）国际原子能机构与联合国专门机构之间的合作

联合国专门机构与国际原子能机构在性质上具有相似性，它们都不是联

[1] 《关系协议》第Ⅴ条。

合国的附属机构，都具有相对的独立性，但它们又都与联合国建立了密不可分的联系，因而成为联合国体系的一部分。作为特殊的机构，它们都在某一特定领域负有国际责任，而原子能机构与这些机构在某些领域的活动具有交叉性，因而与这些组织开展深入广泛地合作不仅可以减少重复工作，提高效率，降低成本，而且可以互通有无，取长补短，更全面和综合地实现机构的职能。根据《国际原子能机构规约》[1] 和《关系协议》[2]，联合国理事会经大会核准，有权签订一个或几个协定，使机构与联合国及与机构工作有关的其他任何组织建立适当的关系，并根据这种协议，在原子能机构秘书长和联合国专门机构秘书长之间应当确立和保持密切联系。原子能机构与专门机构之间的合作主要通过具体的协议展开，这些合作协议反映的是各种核应用领域与专门机构之间的交界面。原子能机构有权与专门机构协商，在适当领域与之合作，以制定或采取旨在保护健康及尽量减少对生命与财产的危险的安全标准。

国际原子能机构与某些专门机构已做出长期安排，例如原子能机构与粮农组织合办了设在维也纳的核技术用于粮食和农业联合处。该联合处的所有计划和活动都需经过这两个组织的理事会核准，该联合处通过突变育种利用辐射技术培育了近2000个新的优良作物品种。原子能机构与联合国教科文组织在意大利合办了国际理论物理中心；与世界卫生组织合办了一个国际副标准剂量实验室网，一个有关医学治疗中广泛使用的钴-60的剂量比对计划。原子能机构还与专门机构之间联合执行项目，例如由原子能机构与世界粮农组织、世界卫生组织、国际劳工局联合主持制定和发布核安全与核辐射方面的手册、标准、条例和意见。[3] 原子能机构还通过论坛的形式与其他专门机构开展合作。

四、国际原子能机构与联合国安理会的关系

国际原子能机构与联合国安理会的关系比较特殊，《关系协议》中多次将安理会与原子能机构的关系做出特殊规定，这与安理会的特殊职能有关。根

[1] 《国际原子能机构规约》第16条。

[2] 《关系协议》第XI条，第XX条。

[3] Sheel Kant Sharma："国际原子能机构和联合国大家庭：核合作网"，载《国际原子能机构通报》1995年第3期。

据《联合国宪章》的规定，安理会是负有维持国际和平与安全的主要责任并唯一有权采取行动的机关。在和平解决国际争端方面，安理会有权调查任何争端或情势以判断其继续存在是否会威胁国际和平与安全，对上述的争端或情势，安理会有权在任何阶段建议适当的调整程序与方法等；在维持和平与制止侵略方面，安理会有权建议或决定采取不涉及武力的强制措施，并促请会员国协同执行；若上述措施不足以解决问题，可采取必要的军事行动，所有会员国应承诺依安理会倡议商定的特别协定向安理会提供维持国际和平与安全所必需的军队和便利。由此可见，安理会维持国际和平与安全的特殊职能以及安理会的行动权使安理会与原子能机构产生了特殊的联系。这种联系使得安理会更好地控制原子能领域可能出现的威胁国际和平与安全的情势，也能在很大程度上弥补原子能机构执行能力的不足；但是由于安理会对原子能机构影响的深入，国际原子能机构的独立性受到侵蚀，机构的职能弱化，给原子能问题带上了浓厚的政治色彩，加入了更多的强权意志。

（一）国际原子能机构与安理会的基本关系

根据《关系协议》与《国际原子能机构规约》规定，在适当的时候，国际原子能机构需要将报告提交安理会，并将安理会职能范围内的事项通知安理会。在安理会要求的情况下，在维持与恢复国际和平与安全的范围内，原子能机构有义务提供信息与帮助。当《核不扩散条约》缔约国违反它与原子能机构缔结的保障协定时，原子能机构向缔约国派出的视察员应向总干事报告，总干事应随即将此报告转交理事会。理事会应将此种违约行为报告全体成员国、联合国安全理事会及联合国大会。[1] 如前所述，安理会在维持国际和平与安全的范围内负有特殊责任并有权采取行动，那么一旦缔约国违反保障协定，这种情形很可能被安理会断定为威胁国际和平与安全的情势，又由于安理会在维持和平方面有行动权，所以安理会在认为有必要的情况下，很可能采取非武力甚至武力行动，对有关国家进行经济制裁、外交封锁和军事制裁。

（二）国际原子能机构执行困境

任何国际组织都通过成员国缔结的协议设立，建立该国际组织的基本文件，对国际组织的宗旨、结构、职能与运行方式做出界定，该文件是国际组

---

[1] 《国际原子能机构规约》第12条C款。

织成立与运作的法律基础。

为了控制核扩散、促进核和平利用、实现核裁军，国际原子能机构对有关国家的核保障是基础。作为核保障最重要的方式的核核查是指对当事国领土范围内的、受其管辖或在其控制下的任何地方进行的一切和平核活动中的一切原材料或特种可裂变材料实施的，专为此类材料不被转用于核武器或其他核爆炸装置的核查。[1] 虽然规约对原子能机构的核保障措施有相关规定，[2] 但规约的核保障条款，并不具备自动执行的功能，为激活国际原子能机构的保障功能，承担保障义务的国家必须和国际原子能机构签订保障协定，此种协定才是保障制度的直接依据。所谓核保障制度，其实是一项以《国际原子能机构规约》的核保障条款为依据，以核保障协定范本为基础，以国际原子能机构与其成员国或其他当事方之间的保障协定为主要内容，用以控制核能用于军事目的的法律制度。[3] 所以在成员国没有与原子能机构订立保障协定的情况下，原子能机构的有关核保障活动就难以展开。正如国际原子能机构总干事巴拉迪再三声明的，如果没有保障协定和附加议定书的生效，国际原子能机构就无法提供关于申报的核材料未从和平核活动中转用和不存在未申报的核材料或核活动的必要保障。[4] 即使成员国与原子能机构订立了保障协定，原子能机构也不能凌驾于主权国家之上，不能违反国家主权原则去干涉成员国。因此核查员在实际核查的过程中，因为获取信息有限，进入场地权受限，使实际的核保障效果大打折扣。[5]

另外，在成员国违反保障协定的情况下，原子能机构可以要求有关国家

---

〔1〕 根据《不扩散核武器条约》的要求国际原子能机构与各国之间的协定的结构与内容，at http：//www. iaea. org.

〔2〕《国际原子能机构规约》第3条A款第5项：制定并执行安全保障措施，以确保由机构本身，或经其请求，或在其监督和管制下提供的特种裂变材料及其他材料、服务、设备、设施和情报，不致用于推进任何军事目的；并经当事国的请求，对任何双边或多边协议，或经一国的请求对该国在原子能方面的任何活动，实施安全保障措施。

〔3〕 古雪祖，丁祥高："国际原子能机构与核保障制度"，载《厦门大学学报》2008年第4期。

〔4〕 Vilmos Cserveny："实现裁军之路国际原子能机构保障：《不扩散核武器条约》制度的一个基本支柱"，载《国际原子能机构通报》2009年9月。

〔5〕 在传统的保障协定中，机构只对成员国申报的核材料进行核查，但是海湾战争后，机构发现有必要对未申报核材料进行核查，但是机构处于被动地位，其有限的信息获取权限制了其对成员国未申报核材料的核查；在根据国际原子能机构"93+2"计划制定的保障协议议定书扩大了核查员的场地进入权，包括在临时通知与不通知的情况下随时随地的立即进入权，以及敏感场所的控制进入权。

纠正该行为，如果该国家未及时采取充分的纠正行动，理事会可采取以下三种措施，即直接削减或停止机构或其成员国所提供的援助，并索回向一个接受国或一些接受国提供的材料与设备，机构也可以停止任何不履约成员国行使成员国的特权与权利。[1] 从这三种措施的执行的效果来看，都不会对违约国家产生有效的威慑力。所以这种执行力上的不足使得国际原子能机构在控制核扩散，推进核和平利用方面的作用受到很大的限制。国际原子能机构总干事巴迪拉在发表2005年诺贝尔和平奖的获奖感言时，再一次声明，“我们（国际原子能机构）的授权有限，我们的预算不大，而且我们没有军队”。[2]

但如前所述，根据《联合国宪章》的规定，安理会在维持国际和平与安全领域负责并有权采取行动，甚至可以动用会员国的军队对威胁国际和平安全的局势进行控制，对有关国家进行经济、政治和军事制裁。通过安理会与国际原子能机构的紧密合作，安理会的这一执行权弥补了国际原子能机构执行力的不足，更有效地发挥了国际原子能机构在核控制方面的职能。但与此同时，国际原子能机构自身执行力缺位，可能导致安理会侵蚀国际原子能机构的职权，当国际原子能机构理事会将有关违约事项或其他事项通知安理会后，在后续事件的处理中，安理会很可能会取代国际原子能机构对事件的控制，有关问题被纳入到联合国的框架内解决，并主要由安理会对有关事件做出决议，而国际原子能机构的作用就很难在联合国框架下发挥作用了。例如，“在2003年美伊战争爆发之前，国际原子能机构总干事巴拉迪曾向安理会保证在3个月内做出伊拉克是否具有大规模杀伤性武器的检查报告，在这3个月内请安理会不要制裁伊拉克，但是他并没有争取到这个时间。然而从战争爆发到今天战争都没有结束，我们却没有看到一点点大规模杀伤性武器的影子”。[3]

安理会决议在很大程度上受到大国的影响，甚至控制。安理会的5个常任理事国的否决权建立在“五大国一致”原则的基础上，并且这一制度成为安理会表决制度的核心。而安理会5个常任理事国又正是国际原子能机构成立时的有核国家，所以这5个国家对于国际原子能机构有重大影响，作为有

---

〔1〕《国际原子能机构规约》第12条。

〔2〕李英、王棣：“制约核扩散的国际法机制”，载《国际关系学院学报》2007年第6期。

〔3〕李英、王棣：“制约核扩散的国际法机制”，载《国际关系学院学报》2007年第6期。

核国家，它们希望以国际条约的义务限制无核国家进行核扩散，从而维持其核垄断。那么在出现无核国家违反保障协定或者保障协定议定书的情况下，这些传统有核国家，最有动力去控制违约的国家的核扩散行动，而作为安理会的常任理事国，有些国家恰好可以利用其在安理会决议中的地位和影响，形成对核控制最有力和最及时的措施的决议，在很多情况下，由于这种控制的意愿过于急迫，决议形成的措施往往很激进，不乏直接对有关国家采取军事行动。

另外一点，安理会无论在人事构成、决议机制还是执行方面，都带有很强的大国强权的影子，安理会决议在很多情况下具有浓厚的政治色彩。而且，有时安理会的决议成为大国对小国实现制裁“合法化”的手段，本为维持国际和平与安全的安理会成为有些国家实现政治目的的工具。在其政治目的难以实现时，大国甚至绕过安理会直接采取行动，架空安理会的有关决议。

所以不到万不得已的情况下，国际原子能机构一般不会将有关问题提交安理会处理，因为一旦将有关问题提交安理会，很可能会使该问题升级成为威胁国际和平与安全的问题，而安理会的政治化使很多国家对其决议产生反抗与抵触情绪，这非但不能解决核问题，反而会加剧国际矛盾，甚至引发武装冲突。在伊朗核危机中，从2003年理事会决议督促伊朗采取行动，到2003年10月英、法、德三国介入协商谈判，到2003年11月26日，理事会决议对伊朗的行为深表遗憾，但仍决定不将该问题提交安理会，到2003年12月，伊朗签订加强全面型的保障协议的附加议定书，到2004年11月，伊朗与欧洲三国达成协议在更大范围内解决伊朗核问题。整个过程中，在国际原子能机构的框架下，伊朗核问题都朝着进步方向发展。但是由于美国的极力推动，理事会最终通过决议将伊朗核问题提交安理会，至此，伊朗重新开始核活动，并暂停遵守附加议定书，并以立法的形式声明一旦伊朗核问题提交安理会，伊朗将不再允许国际原子能机构对伊朗核设施进行核查。伊朗核问题进入到安理会后，伊朗方面以各种不合作的形式扩大核活动，升级核计划，坚决抵制安理会有关决议。伊朗核问题原本很可能在国际原子能机构的框架下得到和平解决，但是由于美国的极力推动使得该问题进入安理会，而之后伊朗方面的回应证实安理会的介入非但不能解决伊朗核问题，反而会加剧矛盾。

（三）国际原子能机构与安理会关系的协调与改革

由此可见，虽然安理会与国际原子能机构的合作可以使国际原子能机构

有效地实现核控制的职能，但是国际原子能机构本身执行权的不足与安理会的过分介入，使得原本敏感的原子能问题更加复杂化。所以，在现有的框架下，增强国际原子能机构在控制核扩散方面的权威性，理顺机构与安理会的合作关系，加大联合国对机构的支持是必要的。

首先，安理会需要尊重《关系协议》关于国际原子能机构与安理会的合作关系的规定，在协议的框架内进行最有效的互动合作，在最大程度上尊重国际原子能机构在核控制方面的权力，尽量减少对国际原子能机构职能范围内采取的有关措施的干预，尊重该机构对有关国家采取的行动和做出的决议。其次，作为国际原子能机构核保障制度的重要组成部分的核核查的主要依据是有关国家申报的材料，核核查的方式也主要以事先通知有关国家的形式进行。为了加大核保障的力度，有必要扩大国际原子能机构核保障措施，当机构有合理理由怀疑有关国家违反核不扩散义务时，可以根据从各种信息源获得的材料，在任何时候进入任何区域，甚至对未宣布核活动的地区进行突击检查。

五、结论

国际原子能机构从成立到发展的整个过程中，与联合国都有着密不可分的联系。根据《国际原子能机构规约》和《关系协议》，国际原子能机构作为与联合国有特殊工作关系的相关组织，与联合国开展了紧密的互动与合作。与联合国、联合国各个机关和联合国各专门机构之间的合作，使得国际原子能机构以更有效的方式执行其控制核扩散，促进核和平利用的职能；但是，在这种互动合作机制中，国际原子能机构在某些方面的权力明显不足，并制约了其职能的发挥。尤其是在国际原子能机构与安理会的合作关系中，这种矛盾越加明显，所以有必要理顺与协调国际原子能机构与安理会之间的关系，安理会在尊重国际原子能机构独立性的基础上，以安理会的执行职能有效补充机构在核控制方面的执行。同时，有必要扩大机构的特别授权，增强机构的执行能力。

总之，通过国际原子能机构与联合国之间的互动合作关系，切实保障国际原子能机构控制核扩散、促进核和平利用、推进核裁军三大职能的实现。

对核电设施经营者社会责任的法律思考

张帆*

原子能（以下称“核能”）被视作一种高效清洁的替代能源，自20世纪50年代，前苏联、美国相继将核能技术民用化。在长期的发展过程中，核能民用日益普及。原子能发电（以下称“核电”）是核能技术民用化的代表。我国自20世纪80年代正式核能民用化，在核电设施的数量和核能技术方面发展迅速。根据国务院批准的《核电中长期发展规划（2005~2020年）》，核电产业中长期发展目标是，到2020年核电运行装机容量争取达到4000万千瓦，并有1800万千瓦在建项目结转到2020年以后续建。核电占全部电力装机容量的比重从现在的不到2%提高到4%，核电年发电量达到2600~2800亿千瓦时。

2011年3月11日，日本东北部地区突发强震，引发次生灾害。福岛核电站因地震和海啸发生严重核事故，既给日本国内的经济、民众生活和生命安全造成了巨大

* 作者系中国政法大学国际法学院博士生，中国政法大学全球化法律问题研究中心研究员，日本新潟大学法学硕士研究生。

危害，也威胁着全球环境和生态安全。核能安全问题带给我们的经验教训，值得深刻思考和借鉴。灾害后，我国已经暂停了规划中新建核电项目的审批工作，全面审查在建核电站。由于核电发展在国家能源和环境发展战略中的重大意义，我国将继续保持“积极推进核电发展”的基调。因此，调整投资节奏，注重核电安全性和经济性，统一核电发展技术成为工作重点。同时，有关部门也加快了相关内容的法制化、体系化工作。

在核能安全法制化方面，我国已经加入《核材料实物保护条约》、《不扩散核武器条约》等与核能安全有关的国际条约，也制定了包括《民用核设施安全监督管理条例》、《核电厂核事故应急管理条例》等行政法规，具有20余年的执行经验，这些经验有利于我国核能立法工作的完善及体系化、科学化。在立法过程中，既要肯定我国核电安全保障的成效，也需要从其他国家发生的核电安全事故和问题中吸取教训，借鉴其他国家成熟的制度经验。建议将加强和完善核电经营者（以下简称“经营者”）的社会责任的制度体系纳入立法的重点，并从以下三个方面思考：

一、建立有效机制约束和监督经营者行为

回顾多起核电事故，事故原因可以归纳为：①外部威胁。如：日本福岛核事故就是因为强震和超级海啸引发的；②老化和技术缺陷。如：日本美浜核电站事故、美国三里岛核事故、美国戴维斯－贝斯核事故、捷克斯洛伐克波湖尼斯（Bohunice）核电站事故、前苏联克什特姆核事故等；③安全文化缺失。如：前苏联切尔诺贝利核事故、日本东海村核事故。此外，参考日本经济产业省和原子力安全保安院2007年进行的大检查总结报告发现，包括东京电力在内的所有电力公司无一例外存在数据造假、伪造记录，甚者隐瞒事故等安全问题。涉及的电力项目也非常广泛，包括核电、水电、火电项目。虽然，类似的安全问题使经营者形象、声誉、经济利益蒙受损失，损失金额巨大，但是，仍然屡禁不止。这与日本人给人以遵守纪律、工作认真负责的印象大相径庭。东京电力公司作为日本第一大民营电力公司，将问题归为：①品质保证制度不完善；②企业道德和企业文化缺失；③安全文化缺失三个原因。三个原因都可以归结为“未落实安全文化”。

针对检查结果，日本“原子力安全保安院”主要从完善检查制度和加强日常监管出发，采取了以下具体举措。

1. 独立的监管机构。设立“原子力安全基盘机构”。由该机构独立、统

一负责核材料、设备仪器、检查数据等相关技术合规性审查。国家根据审查结果行使行政处罚权，由国家承担相应的责任。

2. 加强原子力安全委员会的职能。要求保安院每季度向该会提交行政许可、检查情况报告。有权开展调查。

3. 加强品质管理制度完善和维护管理活动。要求经营者依法建立妥善的品质管理和加强维护管理等安保活动制度化。国家实施的安保检查、检验制度的执行情况。

4. 定期检查。不再依靠经营者自检，明确进场检查范围，检查制度法律化。由专设机构“原子力安全基盘机构”独立对定期检查结果进行审查和评估。

5. 设备评估。定期检查中，实施设备点检，并依法报国家主管机构。

6. 设备评估标准的制度化。以日本机械学会颁布的《维持规格 2000 版、2002 版》为依据，由国家主管部门进行合规检查。

7. 防灾措施。设施发生事故、故障时，经营者履行报告义务时，应该按照明确的既定标准，定量和准确地说明事故或故障情况。

日本核电经营者因为安全文化缺失，频繁出现修改隐瞒数据、隐瞒事故等安全问题，除企业形象声誉、经济利益受损外，整个社会对核电和核能开发产生不安和信任危机，增加了政府作为监管机构的压力和损害了政府的公信力。因此，建议我国通过法律制度，确保经营者做到信息公开和透明，建立完善的安保环境和安保文化，强化企业内部的检查制度，培养良好的伦理道德观和社会责任意识。同时，加强国家的监督力度，建立二次审查体制。

二、明确经营者的损失赔偿责任

为保护核能事故受害者和核能产业的健康发展，日本制订了比较完善的损失赔偿制度，主要由两部法律组成。分别是：《关于核能损害赔偿的法律》（以下称《核能损失赔偿法》）和《关于核能损害赔偿补偿协议的法律》（以下称《核能赔偿补偿协议法》）。该制度的特点是：经营者责任，即设施经营者作为损失赔偿责任的主体，排除了生产者的产品质量责任；减轻受害者举证负担，明确了设施经营者要承担无过错无限责任（《核能损失赔偿法》第 3 条）；同时，为了保障受害者的损失得到及时、充分、有效的补偿，引入了第三方保险（《核能赔偿补偿协议法》第 6 条）（注：法律要求设施经营者与商业财产保险机构签署经营者责任保险协议，理赔对象包括免责事由之外的所有损失赔偿责任）和政府援助的制度（《核能赔偿补偿协议法》第 16 条、第

17条）［注：法律要求设施经营者与政府签订补偿协议，政府对以下情形提供援助：①当损失赔偿责任超过保险范围（每座核电厂额度1200亿元），且日本国会认为必要时，经国会决议批准时；损失因地震、火山喷发、海啸引起时；受害者超过10年提出损失赔偿请求时］。此外，法律规定因重大自然灾害或者社会动乱造成的损害，免除设施经营者的赔偿责任（《核能损失赔偿法》第3条）。上述法律仅规定了因放射性或毒性伤害和后遗症造成人身损失时（《核能损失赔偿法》第2条），将当事人之间的和解和自行解决纠纷的相关指导意见交由日本文部省内设立的“核能损失赔偿纠纷审查会”制订。但是，日本通过实践逐渐确立了核能事故民事赔偿的范围和主要内容。以1999年9月30日日本茨城县那珂郡东海村的核燃料加工厂发生的临界事故为例，实际的损失赔偿范围包括：人身伤害、医学检查费用、避难费用、损失财产的评估费用、动产损失、已签署房屋买卖协议的不动产损失（其他除外）、停业损失、经营损失、精神损失等。[1]

在我国，随着《侵权责任法》的出台，其规定了更加有利于环境受害者的救济和补偿的制度。但是，由于环境污染和生态破坏所造成的环境侵权现象频繁，受害者能否得到充分地救济和救助，成为法律制度新的课题。而我国现行有关环境侵权民事责任立法对环境侵权行为认定中的因果关系，环境侵权民事责任的范围和承担方式方面仍然存在不足。而核能事故具有范围广、危害大、潜伏时间长、持续时间长、消除影响成本高、举证难等特殊性，因此，建议借鉴包括日本在内的部分国家的立法经验和实践经验，为及时、有效地保护受害者及国家和公共利益，明确经营者的法律责任，探讨第三方保险的保障机制（或由经营者建立环保事故基金），以及建立以政府援助为补充的救济制度体系提供了可行性。

三、扩大经营者的社会责任

（一）经营公开透明和民意参加

日本在核电设施的选址和运营管理中，为了加强核电项目的公开、公正、透明，在程序上保证了所在地区社会民意参与的权利。特别是在项目立项和选址的行政许可过程中，不仅要考虑到国家安全和核电发展利用规划和区域经济，还要在程序制度上保证民意表达的权利。经营者需要努力做好信息公

［1］关于东海村核临界事故的《核能损失调查研究会最终报告书》。

开，保证经营活动透明，建立平台加强与区域社会的沟通，增进理解。如：日本东京电力就在柏崎和东海村与当地居民共同建立了“保障柏崎刈羽核电厂透明度组织”和“东海村环境与核能安全谏言组织”。

我国在法治化进程中，为了得到社会民意的广泛理解和接受，已经有意识地整合民意，保证地区民众和利害关系方充分表达意见的权利，完善程序制度体系。

外国核设施引发的核事故使人们对核安全产生忧虑和畏惧，如何打消人们对事故风险充满的不安和恐惧呢？除政府决策透明、加强监管的同时，制度上也要求经营者“现身说法”，增加行为的透明度，积极宣传，促进地区民意的有效参与。

（二）鼓励经营者之间的合作

日本主要核能开发主体（包括：东京电力、东北电力、北海道电力、中部电力、北陆电力、关西电力、中国电力、四国电力、九州电力、日本核能发电、电源开发、日本核能燃料）签订了《核能事故发生时核能经营者之间的合作协定》。根据协定，各经营者在核能事故（包括核能发电等设施内和核能燃料运输中的灾害）发生时应在周边环境辐射检测、污染检查、污染处理等方面，通过派遣人员和设备展开合作。事先确定区域协调机构，发生灾害时，协调机构可以就近开展协调工作。人员指挥和管理由委派方管理，相关费用由灾害发生的经营者负担。

我国在核能发电产业发展迅猛，因人才大量稀疏导致高端人才不足。因此，建议通过行业组织或者建立经营者联盟的方式，结合我国国情，加强业内的联系与合作，发挥行业协调作用。特别是在危机防范和事故处理过程中，进行信息交互和资源共享，可以有效的缓解人才和设备、知识和经验的不足。

本文从三个方面对核电设施经营者的社会责任进行了思考。日本核事故引发了人们对核安全问题的警醒和反思。我国核电占比低，以安全利用为前提，通过核能利用可以有效缓解能源和环境的压力，符合国家战略。中央政府从国家战略出发，积极推动核电产业，部分地方政府从地方经济、能源结构调整和政绩出发，积极吸引核电产业。但是，在其他行业的发展过程中，如环境污染、食品安全、矿山事故等事件时有发生，使民众对企业产生了不信任，甚至影响了国家的公信力。因此笔者认为，为了保证核电产业的持续、健康发展，维护政府的公信力，必须建立管理权、经营权和监督保护权互相

分离制衡的管理模式。建议在相关立法中，明确法益和价值标准，重点考虑经营者的科学化、体系化的准入、监管和经营模式。为了实现核电发展，首先应该明确国家、地方政府、经营者的责任，强调经营者的社会责任。其次，应从市场准入、核电设施的选址、施工建设、经营、核废物的管理等环节，明确经营者参与的方式和内容。此外，在安保方面要求经营者建立良好的安全文化和制度及应急措施。同时，结合核事故的特点，应明确经营者的责任范围和内容及归责要件。在应对污染事故发生时，建立以经营者为主，国家救助为辅的受害人合法权益保护机制。此外，针对核燃料、核材料的生产、运输、储存设施的经营者以及核废弃物储存、运输设施的经营者也应制定相应法律法规。

核能安全立法是一个跨学科、跨行业、跨部门的科技与法律相结合的课题，如何吸取核能利用大国的经验和教训，借鉴其他国家的法律制度，充分发挥我国的“后发优势”，需要我们共同努力。

营运者——民用核设施事故损害责任的严格责任主体

赵威*

十一届全国人大常委会第十二次会议于2009年12月26日下午表决通过了《中华人民共和国侵权责任法》（以下称“侵权责任法”），并于2010年7月1日实施。中国民法学学会会长、中国人民大学法学院院长王利明教授强调：“《侵权责任法》作为保护民事主体的合法权利、维护社会经济和生活秩序的法律形式，在民法中居于十分重要的地位。”[1]，侵权责任法可以被认为是继物权法之后民法典中又一部重要的支撑性法律。诚然，侵权责任法自2002年由全国人大常委会启动草案初审以来，历经多年调研咨询，工作可谓细致，该法获表决通过，意味着中国向形成民法典又迈进一步。

作为核工业专业领域从业者和法律工作人员，我们

---

* 赵威，中国政法大学教授、博士生导师。

〔1〕“侵权责任法再审 医疗损害责任明确”，南方报业传媒集团－21世纪经济报道，www.21cbh.com/HTML/2008－12－23/HTML_ H3XU8-KGIWUOP.html.

对《侵权责任法》第九章高度危险责任中第70条规定“民用核设施发生核事故造成他人损害的，民用核设施的经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因战争等情形或者受害人故意造成的，不承担责任”[1]（以下称“第70条”）有责任给予特别关切，并希望明确解读该条的立法意图、法律定义和现实影响。

一、民用核设施核事故损害的责任主体

《侵权责任法》第70条对特定的工业设施事故发生的责任主体进行了明确，明确了侵权责任主体为“经营者”，从法理上分析，这也是任何工业设施发生事故后对侵权者处理的通用原则，理所当然经营者要为侵权责任担责。何为“经营者”？参照《消费者权益保护法》第3条规定，学界对“经营者”的一般理解为：向消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务的公民、法人或者其他经济组织，是以营利为目的从事生产经营活动并与消费者相对应的另一方当事人。另外《反垄断法》第12条也明确规定：经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。常识性理解和国内立法定义的“经营者”是广义的和宽泛的，所以，虽然《侵权责任法》没有对民用核设施“经营者”作出定义，但是我们是否可以将定义“民用核设施经营者”延伸为从事民用核设施经营或者营利性服务的法人、其他经济组织和个人？一旦民用核设施发生事故，主要针对核损害责任，承担责任的主体可能归责到一切和该设施经营相关的股东、业主单位、运营公司、工作人员、承建方、制造商、技术服务方等等，作为一个界限不清的责任群体，他们将共同面对受侵权损害的受害方的追诉。特别是在重大核损害事故发生时，侵权责任主体的边界将会被扩大解释。

核损害事故责任是一种核行业特有的特殊侵权责任，目前国际公约体系可归为“巴黎公约”体系和“维也纳公约”体系。主要包括有《关于核能领域中第三方责任的公约》（巴黎公约）、《关于核能领域中第三方责任的一九六零年七月二十九日巴黎公约的补充公约》、《关于核损害民事责任的维也纳公约》、《关于强制解决〈关于核损害民事责任的维也纳公约〉争端的任择议定书》、《修正〈关于核损害民事责任的维也纳公约〉的议定书》、《关于核损害民事责任的1997年维也纳公约》、《关于适用〈维也纳公约〉和〈巴黎公

[1]《侵权责任法》第9章第70条。

约》的联合议定书》以及《核损害补充赔偿公约》。上述公约就核损害侵权责任都遵守着相同的归责原则，即损害责任的主体和限度由法律确定的“法律归责”原则。傅济熙先生在他编著的《核损害的民事责任与赔偿》一书中将对营运者归责原则归纳为严格责任原则和唯一责任原则[1]。

“严格责任原则”是指核设施的营运者不论其有无过错，只要发生了核事件并造成核损害，便要承担全部责任，只有在核事件是由如战争、恐怖袭击等不可抗力所致的情况下才可免责。作为排他责任的“唯一责任原则”，将核损害的责任全部归于营运者，其他任何人包括建造商、供应商、服务商等都不承担责任。[2]

与上述原则有别的是美国的立法原则。美国《1954 年原子能法》、美国 1957 年《普莱斯 - 安德森法》采用的是“经济归责”的原则，即由营运者承担全部经济责任，而其他责任人的经济责任都被免去，所有的赔偿都从保险单中支付。与“法律归责”区别的是，其他责任人仍可被追究其它法律责任。[3] 德国最初立法时也采用这种原则，在 1975 年加入《巴黎公约》时才予以放弃。由于这种原则比较复杂，以后其他国家以及所有国际公约都实行“法律归责”的办法，即将全部法律责任都归于营运者，而免去其他人的所有责任。目前，除美国外，这种“法律归责”已成为普遍接受的原则。而美国法律规定其在境外的核设施也接受“法律归责”原则。[4]

关于核损害民事责任的维也纳公约（Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage）将侵权责任主体严格定义在一个名词解释上："Operator", in relation to a nuclear installation, means the person designated or recognized by the Installation State as the operator of that installation. [5] 中文意思为：“营运者”，就一核装置而言，系指由装置国指派或认可的该装置的人。

2007 年 6 月 30 日，国务院做出了《国务院关于核事故损害赔偿责任问题

---

[1] 傅济熙编著：《核损害的民事责任与赔偿》，原子能出版社 2003 年版，第 9 ~ 16 页。

[2] 傅济熙编著：《核损害的民事责任与赔偿》，原子能出版社 2003 年版，第 26 ~ 27 页。

[3] 傅济熙编著：《核损害的民事责任与赔偿》，原子能出版社 2003 年版，第 55 页。

[4] 美国 1957 年《普莱斯 - 安德森法》，第 2210 条，责任的赔偿与限制（d）-（5），谭建生、徐原、赵威主编，《核电相关法律法规汇编》，上卷，国内核电相关法律法规汇编，法律出版社 2009 年版，第 404 页。

[5] 参见 Article I. 1. c.，"Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage"，http：//www.iaea.org/Publications/Documents/Infcircs/1996/inf500.shtml.

的批复》(国函［2007］64号),这是在中美AP1000核电三代技术引进合同签字前夕,同时也是中国广东核电集团与法国AREVA、EDF公司就EPR核电技术引进和合资建设台山核电项目谈判的关键时刻,中国政府继大亚湾核电站项目之后,在引进外资和核技术谈判关键点上,部分应资本和技术输出方的强烈要求,对核事故损害责任问题再次做出的行政答复。该批复全文共10条,其中有8条是对营运者定义和责任的限定,也就是说,批复重点首要就是明确责任的主体,也是1986年3月29日国务院做出的《国务院关于处理第三方核责任问题的批复》(国函［1986］44号)中明确的"营运人对核损害承担绝对责任,其他人不承担任何责任"[1] 的营运者有限责任原则的延伸。可以看出,我国采取的是"法律归责"原则。

国函［2007］64号批复第1条就是专门对营运者下的定义:"中华人民共和国境内,依法取得法人资格的营运核电站、民用研究堆、民用工程实验反应堆的单位或者从事民用核燃料生产、运输和乏燃料储存、运输、后处理且拥有核设施的单位,为该核电站或者核设施的营运者。"[2] 这个定义比国际公约定义略宽,国际公约对营运者的外延限制在取得了国家核设施许可或授权。

无论是国际法通行原则还是国内法规性文件,针对民用核设施的事故损害侵权责任主体都是一致的,尽管一些公约中文译本对这个主体的翻译为"运营者"、"管理者"或"经营者",但他们都来源于"Operator"一词,而在国内专业立法上已选定"营运者"这一特定概念,其目的也是为了避免"经营者"这个用词的宽泛定义。

综上,目前《侵权责任法》第70条对民用核设施核事故侵权的责任主体范围是宽泛的。

二、关于民用核设施核事故损害责任的立法意图

如果明确了民用核设施侵权的责任主体为"营运者",就必然在侵权责任

---

［1］《国务院关于处理第三方核责任问题的批复》(国函［1986］44号),谭建生、徐原、赵威主编:《核电相关法律法规汇编》,上卷,国内核电相关法律法规汇编,法律出版社2009年版,第139页。

［2］《国务院关于核事故损害赔偿问题的批复》(国函［2007］64号),谭建生、徐原、赵威主编:《核电相关法律法规汇编》,上卷,国内核电相关法律法规汇编,法律出版社2009年版,第181页。

负担能力与核工业发展保护中寻求平衡。

切尔诺贝利核电站事故给人类造成了永远难以弥补的损失，甚至堪称工业史上最大的事故。灾难发生后，人民生命财产遭受巨大损失，环境受到长期的污染，国家投入巨资施以拯救，放射性物质漂布欧洲乃至全球，经济损失难以估量，世界核电行业风声鹤唳。在这个极端民用核设施事故中，除了政府的救济，法律上的救济几乎没有。即使换到某个立法完善国家以法律处理类似核损害赔偿，也注定只是杯水车薪，只会是核电站业主投保的保险公司在法定额度内理赔，国家在不足部分支付法定额度的补偿，真正受侵害者欲诉无门。人们肯定要追问，谁需要为核设施事故侵权损失予以赔偿？谁有能力为核设施事故侵权损失予以赔偿？

时间回到 2007 年 6 月，核事故损害赔偿条例草案被退回重新讨论时，重点就是要回答三个问题：一是为什么不追究事故责任单位的连带责任？比如存在缺陷的设备的提供方，错误系统的设计方，却将责任限定在营运者一方；二是为什么国家要财政补偿，股东们在事故后却没有赔偿或补偿义务？三是法律规定多少国家补偿才能救济被侵害人的损失？

我们统计研究过国家现行法律、法规、部门规章、地方性法律文件有 142 份与核电相关，内容重点是针对如何保证国家对核电行业的管控，监督营运者和核行业参与者行为，确保民用核设施建设和运营的安全，但不管采取什么措施，核损害后果的不确定性依然是个难以量化的客观情况。如果追究事故责任单位的连带责任，就涉及是有限追究还是无限追究？相关的运营商、制造商、服务商事前必然通过购买商业保险保护自己利益并最终将成本转嫁到业主，转嫁到消费者，并导致核电成本过高，核电电价完全没有市场竞争力。如果股东在事故后需要承担赔偿义务，现代企业制度的有限责任将难保投资者的财产安全，核电投资将成为禁忌。一旦不确定性的核设施大事故发生，高效且快速的救济是必须的，若陷于层层归责，主体不清，损害的还会是受害者，而无限的追究和不确定金额的赔偿，都会给整个能源、制造产业链带来灾难性的打击。如果国家承诺无限补偿，一来不符合有限补偿的国际惯例，再来跨国界的核损害也会带来天文的索偿而超出国家财力的支撑。

应该理性地看到，一旦发生重大的核事故损害，责任方是难以做到完全、合理的赔偿给被侵害方，即使国家的补偿也是有限度的，这就是民用核设施事故损害法律责任承担不同其他损害责任承担之处。因此，侵权责任法将核

设施事故损害责任列入专条是非常必要的，既然列进去了，希望法律能清晰地传递出立法的意图，核设施事故损害赔偿责任的大小与国家扶持核工业发展的战略是需要一个平衡点，法律规定应当告诉公众，一旦受到核损害，他们将向谁求偿和可能获得多少赔偿或补偿。

三、立法应明确对核能利用发展的推动和保护

随着“中国和平发展”战略的提出和国际形势的变化，出现了包括能源安全在内的许多新问题[1]。我国核电事业从20世纪70年代末期起步，经过30年的发展，已经具备了标准化、规模化、系列化发展的实力。为满足我国能源需求的快速增长，减轻日趋严峻的环境保护压力，保持经济的可持续发展，国务院提出了“积极推进核电建设”的方针[2]，提出了到2020年我国核电建设的目标，拉开了我国核电事业大发展的序幕。目前，全国已有二十多个核电机组正在建设中，更多的核电项目也会把民用核设施与广大公众的距离拉近。

因此，我国核能法律体系的建设应该得到高度重视。立法者、核行业专家以及公众应共同揭开核能的神秘面纱，寻找各方利益的结合点，促进核行业的健康稳定发展与公众利益保障的和谐。我们建议立法机关在《侵权责任法》未来的法律解释中对第70条责任主体清晰化，使之和现有法律文件相吻合，与国际法规则相对应，突出第70条的立法意图并为公众所接受。

希望原子能法起草和讨论工作能够加快进行，在特别法中更好更专业地体现民用核设施事故损害的赔偿原则，使侵权责任法的立法意图得以承接和具备可操作性。同时也期望国家对核损害责任赔偿的相关法规性文件能够在充分研究权衡的基础上，尽快上升到高层级法律层面。

---

〔1〕 高宁：《国际原子能机构与核能利用的国际法律控制》，中国政法大学出版社2009年版，第2页。

〔2〕 国务院办公厅：“温家宝主持召开国务院常务会议审议并原则通过《核电中长期发展规划（2005～2020年）》”，http：//www.gov.cn/ztzl/2006－07/01/content_ 324543.htm，中央政府门户网站，访问时间：2006年07月1日。

中资银行引入“境外战略投资者”的经济学与法学分析

——从外资银行大幅减持中资银行股份谈起

赵威* 万嘉欣**

一、引言

自2011年下半年以来，国有商业银行股纷纷遭到外资银行股东大举减持。2011年11月，中国建设银行证实，美国银行（Bank of America）以协议转让的方式，向几家机构投资者转让约104亿股建行H股股份。本次转让后，美国银行仍持有建行约21.48亿股股份，约占建行总股本的0.86%。这已经不是美银第一次减持建行股了。美银2005年以“战略投资者”的身份入股建设银行，持股比例最高曾达到19.14%。金融危机爆发后，自2009年以来美银连续四次减持建行H股，累计套现约194

* 作者系中国政法大学国际法学院教授，博士生导师。

** 作者系中国政法大学全球化法律问题研究中心研究员，中国政法大学国际法学院硕士研究生。

亿美元（约合人民币1233.55亿元）。[1]

美银减持建行H股并非个案。2011年10月，农业银行H股也曾先后遭到德意志银行和摩根大通的减持。11月9日，高盛宣布减持17.52亿股工行H股股份。[2]

引发本次外资银行大幅度减持中资银行股风潮的既有外资银行的内部原因，也有中国银行业整体风险增加的外部原因。业内人士认为欧债危机下欧美银行普遍面临账面亏损，资产规模大幅度缩水，急需抛售套现以补充资金；金融危机过后，国际金融监管力度也明显加强。例如美银在本次减持建行股份的公告中解释，此次出售建行股份的主要目的是为了加强资本基础，以达到巴塞尔银行监管委员会提出的新的资本充足率要求。[3] 这是外资银行纷纷减持中资股的主要内在原因。而金融危机后我国4万亿基建大跃进下地方政府债务违约情况严重，市场忧虑中国银行业整体将诱发危机是本次减持的外部原因。[4]

2009年一众“战略投资者”禁售期满后大规模抛售中资银行股套现，导致二级市场剧烈动荡的尴尬经历是中资银行尚未愈合的伤疤。如今面对曾经盛情拉拢的“洋老师”、“洋伙伴”再次置中国金融市场稳定于不顾，低买高卖赚取丰厚利润后全身而退的结果[5]，中资银行除了无奈地“表示理解”，还应该深入反思当年大举引入“战略投资者”的策略究竟为中资银行带来了什么，又带走了什么？

---

〔1〕 中财网，《拆东墙补西墙，外资减持中资行》，http：//www.cfi.net.cn/p20111116000110.html，最后访问时间：2011年11月23日。

〔2〕 凤凰网，《外资行大举减持银行股》，http://finance.ifeng.com/stock/zqyw/20111116/5072959.shtml，最后访问时间：2011年11月23日。

〔3〕 美银在公告中表示，预期这次交易能带来约29亿美元额外一级资本，令一级资本比率上升0.24个百分点。见中财网，《拆东墙补西墙，外资减持中资行》，http：//www.cfi.net.cn/p20111116000110.html.

〔4〕 2011年11月15日，世界银行和国际货币基金组织公布《中国金融体系稳定评估报告》和《中国金融部分评估报告》，报告对我国金融体系做出正面评价的同时，也警告中国地方融资平台贷款风险有可能诱发中国银行业的整体危机。见《上海证券报》，《IMF与世行给予我国金融体系正面评价》，2011年11月16日。

〔5〕 据《证券日报》记者统计，从2009年至今，三年间外资银行共减持套现2 230亿港元，其中美银一家就套现了1 433亿港元，高盛、淡马锡分别套现260亿、280亿港元。

二、外资银行跨国并购中资银行的发展历程

外国资本进入国内市场，是市场主体双向选择的过程。一方面，外资银行选择跨国并购中资银行，不仅因为巨大的中国银行业市场蕴涵高额利润回报，而且囿于相对落后的服务能力和水平，中资银行无法提供目前市场上一些急需的银行服务或金融产品，这一市场空白点需要实力相对强大的外资银行予以填补。另一方面，在金融全球化与自由化的浪潮下，尤其是在中国加入世贸组织5年过渡期满后，中国必须履行入世承诺向外资银行全面开放金融市场。面对资本实力雄厚、拥有丰富管理与服务经验的外资银行，中资银行试图通过“引资”来“引智”，以外力推动国内银行业的改革，从而在银行市场新的竞争格局中站稳脚跟。

外国银行跨国并购中资银行的历史可以追溯到10年以前。1996年10月，亚洲开发银行以1900万美元购买光大银行9 222.2万股，占光大银行总股本的3.29%，首开国内银行吸收国际资本的先河。1999年上海银行接受国际金融公司参股1亿股，占股本总额的5%。[1] 值得注意的是，此时中国银行业改革尚处于起步阶段，银行业的开放政策相对仍比较保守。根据1994年《关于向金融机构投资入股的暂行规定》，外国金融机构投资中资银行是被明令禁止的。上述两起外资并购案是经过中国人民银行特批的例外。较小的股权比例和“特别批准”的例外政策反映出，无论对中方还是对外方而言，此番并购仅具有试水与实验的性质。

10年以来，随着我国银行业改革的进一步深入，尤其是入世以后开放国内银行业市场的外部压力进一步加大，外资金融机构投资入股中资银行的案例越来越多。在此期间外资银行进入中国市场经历了两次较大的转变。

第一，外资银行在华投资市场进入方式的转变。自2001年中国开始对外开放金融服务业，外资银行主要通过新设的方式进入中国市场，如设立外商独资银行、中外合资银行、分行等营业性机构或者代表处。统计数据显示，截至2005年10月末，共有20个国家和地区的71家外国银行在中国设立了238家营业性机构；另有40个国家和地区的173家银行在中国23个城市开设

---

〔1〕 朱盈盈、曾勇、李平、何佳：“中资银行引进境外战略投资者之背景、争论及评述”，载《管理世界》2008年第1期。

了代表处。[1] 但2005年以后，外资银行分支机构的资产增长速度明显下降，有学者认为，“这是在华设立分支行的方式让位于入股中资银行方式的明显信号”[2]。

深究外资银行市场进入方式转变的原因，笔者认为主要有以下两点：其一，2001年到2005年，中国尚处于入世过渡期，尚无义务（也无能力）完全履行GATS协议下作出的开放承诺，外资银行在市场准入形式、业务范围、经营网点设置等方面受到严格的限制。外资银行在中国市场上享受不到国民待遇，无法与中资银行平等竞争，自然不愿意花费更多的金钱和精力筹建新的营业机构开发有限的市场。即便2006年中国入世过渡期满，国务院与银监会颁布了新的《外资银行管理条例》及《实施细则》，但出于维护国内金融秩序稳定的考虑，我国对外开放银行业还是有所保留，例如人民币零售业务尚未完全开放；金融产品创新的审批程序严格等。外资银行通过入股中资银行，可以规避中国有关法律的限制，同时利用中资银行多年积累下来的广大客户群、信任度、遍布全国城乡的营业网点、相对宽泛的业务范围等优势，更加畅通无阻地在中国市场获取利润；其二，自2003年起，银监会转变了外资银行市场准入监管策略，鼓励外资银行作为“战略投资者”[3] 或者股权投资者参股中资银行。政策导向配合一系列优惠引资措施，外资银行纷纷转而采用成本更低的并购方式进入中国市场。

第二，外资银行入股中资银行的类型及持股比例的变化。2005年以前，外资银行并购的对象主要是处于中国银行体系末端的城市商业银行以及部分股份制银行。一方面，2005年，建设银行、中国银行、工商银行纷纷引入“境外战略投资者”，虽然在这三家国家绝对控股的银行中，“战略投资者”平均10%的股权比例并不能为它们取得更大的话语权，但是这意味着外资银

---

〔1〕 巴曙松：“外资入股中国银行业：如何超越‘贱卖’的争论与分歧”，载《广东金融学院学报》2006年第2期。

〔2〕 巴曙松：“外资入股中国银行业：如何超越‘贱卖’的争论与分歧”，载《广东金融学院学报》2006年第2期。

〔3〕 笔者注：战略投资者是并购术语，在我国2005年底出台的《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》中将其定义为“具有一定规模的中长期战略性并购投资者”。战略投资者是相对于上市公司的发起人而言的，是以资本合作为基础，通过长期持股寻求战略合作关系的投资者。见朱盈盈、曾勇、李平、何佳，“中资银行引进境外战略投资者之背景、争论及评述”，载《管理世界》2008年第1期。

行并购对象全面放开，法律和政策都不再限制外资银行并购任何类型的中资银行。另一方面，2003年银监会发布《境外金融机构投资入股中资金融机构管理办法》，将单个金融机构入股比例上限由原来的15%提高到20%，两个以上金融机构入股比例从20%提高到25%。此后，外资入股比例逐步提高，兴业银行引进的3家外资银行持股之和达到24.98%，汇丰银行持有我国第五大银行交通银行19.9%的股份，均接近监管上限。而美国新桥投资公司以17.9%的股权比例控股深圳发展银行，更被视为我国银行业开放历程中具有里程碑意义的事件。[1]

中资银行引入"境外战略投资者"，一方面在于"引资"，即充实资本金，提高资本充足率；另一方面在于"引智"，通过分配外资银行一定比例的股东席位，双方签订技术合作协议等，引入现代化的银行企业治理结构，改善股权比例，引进金融产品创新技术，从而提升中资银行的竞争力。尤其迫切需要解决国有商业银行产权主体虚置、治理结构不完善、组织结构行政化严重、政府干预频繁、盈利能力差、不良资产居高不下等一系列单纯依靠内部自发力量无法根本改善的弊端。然而在引入"境外战略投资者"的过程中，一些对改革带来负面影响的问题也接踵而至。外资银行股东在自身面临资本短缺的困境时，又或者面对市场普遍看空中国银行业发展态势的时候，就会大规模抛售持有的中资银行股份以套现获利。外资银行短期的投机行为不仅使得中资银行以股权换管理经验、创新技术的良好愿景落空，更严重的是在金融危机过后经济复苏的敏感时期造成的证券市场的异常动荡，极大程度地影响了我国金融市场的稳定。

中资银行引入"境外战略投资者"究竟是利大于弊还是弊大于利，学界对此争论不休，主要集中在中资银行是否有必要引入"境外战略投资者"；引资过程中国有银行股权是否被"贱卖"；银行业大举引入外资是否危及我国金融安全等焦点问题上。

三、中资银行股权转让应如何定价

三大国有商业银行（建设银行、中国银行、工商银行）引入的"境外战略投资者"每股持股成本均低于1.2港元，大大低于国内其他股份制商业银

---

〔1〕朱盈盈、曾勇、李平、何佳："中资银行引进境外战略投资者之背景、争论及评述"，载《管理世界》2008年第1期。

行的引资价格[1]。然而众所周知，国内其他股份制商业银行无论是在资产质量、盈利能力等“硬实力”还是在客户数量、网点设置等“软实力”上与国有商业银行都不能同日而语。由此引发了关于国有商业银行股权是否被“贱卖”的广泛争论。

国有商业银行股权定价是一个非常复杂的问题。不仅要考虑银行的净资产率、盈利能力、不良资产比率等可以量化的因素，还要考虑客户依赖度、营业网点设置的普及度、后续发展潜力等非可量化因素。囿于专业限制，笔者无法通过建模或数量分析为国有商业银行转让股权进行准确定价。但在陷入这些技术性细节之前，厘清以下问题同样重要：

（一）国有商业银行引入“境外战略投资者”的目的是什么

国有商业银行有国家强大的财政资金作为后盾，在资本出现缺口时，大可由国家注资提高资本充足率。而且因为国有商业银行承担着实现国家货币政策的职能，“大而不能倒”，没有破产的经营风险。从这一角度看，国有商业银行似乎没有“引资”的迫切理由。如果是为了“引智”，那么国有商业银行股权如何定价就不应该成为关注的焦点，人们更应该关注引入“境外战略投资者”以后，制约国有商业银行的内部问题是否得到改善，银行的竞争力是否得到提升。如果以股权换来了优良的运作机制，促成了银行业内部无法推动的改革，即使股权转让的价格不如预期，国有商业银行业也不能被简单界定为被“贱卖”，因为引入外资带来的积极作用是无法用金钱估量的。

（二）评估国有商业银行股权价格时是否应考虑无形资产的价值？国有商业银行的制度性缺陷又该如何在股价中体现

与众多痼疾累累的国有企业一样，国有商业银行多年来一直存在产权主体虚置、政府干预频繁、企业治理结构落后、股权集中、承担过多政策性职能等一系列问题，导致资产质量低、盈利能力差。以企业净资产率为标准为股权定价，“境外战略投资者”低价位买入国有商业银行的股权是资本市场运作的结果。但是，笔者认为，企业股权定价要采用综合的定价方法，既要考

[1] 笔者注：按照“净资产倍率法”（发行价格＝每股净资产×溢价倍率），建设银行2005年进行IPO发行时只溢价了17%。而2004年深圳发展银行被新桥投资并购，溢价达到2.38倍；2005年澳洲联邦银行入股杭州银行，每股净资产溢价都在1.7倍以上；2004年交通银行向汇丰银行出售股权，溢价86%。见戴志敏、夏琳宾：“外资银行参股国有商业银行的价值分析——以建行IPO引进境外战略投资者为例”，载《商业研究》2007年第11期。

虑企业市盈率、净资产率等有形价值，也要考虑与企业发展息息相关的无形价值。在为国有商业银行的股权进行定价时更是如此，因为国有商业银行具有的以下无形价值正是其与外资银行竞争的关键优势：首先，国有商业银行承担着实现国家货币政策的主要职能，有国家强大的财政力量支撑，国有商业银行代表的不仅是企业的信用，更是国家的信用。而这份信用蕴涵的价值远远超过了外资银行提供的先进理财服务所蕴涵的价值。其次，基于上述原因，国有商业银行占据了国内存贷款业务的绝大部分份额，集中了大量公私客户资源。一个银行优质的客户资源无疑是银行宝贵的无形资产。最后，国有商业银行有遍布城乡的营业网点，大多分布在国内市场的黄金地段。网点优势是其他任何一种类型商业银行都无法比拟的。更有银行业分析师认为，国家花费了巨额成本对中行、建行、工行进行债务重组，使其盈利能力得到极大提高，但是重组成本没有体现在外资的入股价格上。[1]

一方面，有监管者提出，国有商业银行内部的制度性问题也应该体现在外资入股的价格上。国有商业银行高额的社会保险支出、高管行政任命的方式、“内部人控制”问题导致的金融体系腐败案件频发、政府干预过于频繁以及与国际通行做法不同的税收制度和劳工制度等，在外国投资者看来，都是国有银行股权价格需要打折扣的因素。[2] 另一方面，“境外战略投资者”的加入提升了国有银行的国际知名度，“战略投资者”的品牌优势也应该体现在外资入股的价格上。[3]

诚然，即使承认国有商业银行的无形价值、制度问题及“境外战略投资者”的品牌价值都应尽可能体现在股权价格上，这些因素都没有可量化的指标。为了尽快完成政府制定的国有银行引资、上市时间表，各银行其实只有很短的时间完成引资谈判。这或许是国有银行股权定价标准单一，不能综合体现各种影响价值因素的原因，但并不能令人信服。这三年来“境外战略投资者”屡次大规模减持我国商业银行股份套现，导致该时段国内股市大幅下跌。外资银行赚取高额利润后只保留很小比例的股权甚至彻底“全身而退”，

---

〔1〕 陈功：“中国正在贱卖自己的银行业”，载《安邦研究简报每日金融》2005年9月。

〔2〕 赵洁、吴雨珊：“汇金进退之道：谢平解释‘五重折扣’”，载《21世纪经济报道》，2005年9月19日。

〔3〕 成思危：“银行被贱卖的说法片面”，2005年全国地方金融第9次论坛。

无数中小股民却要为大鳄们的套利行为埋单。更令人担忧的是，国有股和国企法人股在国有商业银行股权结构中占绝大比重，外资行大规模抛售国有银行股份造成国有资产流失，最终蒙受损失的还是普通民众。“境外战略投资者”为何有这么大的筹码与信心，在任何情况下都能全身而退，甚至在股市低谷阶段也能获得高额回报？正是多年前不合理的股权定价机制种下的恶果。

四、中资银行引入“境外战略投资者”是否危及我国金融安全

现代市场经济条件下，在和平年代，金融安全是一国安全的核心内容。中资银行纷纷向外资银行伸出橄榄枝，以优惠价格出售银行股权，不少学者担心我国金融安全会因此埋下隐患。例如史建平教授认为，外国战略投资者入股中国的商业银行，其战略目的不仅仅是为了通过注资商业银行获取有限的投资回报，他们更深层次的目的，是或者通过股权控制中国商业银行，或者通过技术和产品的转让掌控中国商业银行的经营主导权，为最终控制中国金融市场做准备。[1] 更有学者强调，按照现在的股权出售进度，不出5到10年，我国金融企业的股权将有一半以上由外资银行掌控，“这样的结局所隐伏的后果是灾难性的”。[2]

笔者认为，中资银行在引资过程中确实应充分考虑金融安全问题，避免非理性的引资行为损害国家和人民的利益。但是在现行的银行监管法律框架下，在国家仍然对银行业有绝对控制权的前提下，以上学者的观点有待商榷。

首先，我国《境外金融机构投资入股中资金融机构管理办法》限制了“境外战略投资者”投资入股比例的上限：单个境外金融机构投资入股比例不能超过20%，多个境外金融机构投资入股比例不能超过25%。对于国有股份商业银行而言，中央汇金公司和中央政府控制的股权比例平均超过80%，国有银行内部股权集中，外资银行在严格遵守持股比例限制的前提下，并不能在国有银行中掌握决定性的话语权；而对于其他股份制商业银行或城市商业银行而言，虽然国家持股比例相对较小，但是银行内部股权分散，外资银行意图控制一家银行，并非不可能，但也不是一件容易的事。目前由外资金融机构控股中资银行只有深圳发展银行这一例。外资银行在选择投资对象时需

〔1〕 史建平：“国有商业银行改革应慎重引入外国战略投资者”，载《财经科学》2006年第1期。

〔2〕 从亚平：“全球化背景下的中国金融版图告急”，载《董事会》2005年第1期。

要考虑众多因素，“把中国商业银行逐步演变为其产品的销售渠道，把中国商业银行作为其全球市场中的一个分销机构”[1] 的全球化布局或许是投资目标之一，但从根本上来讲，投资对象能否带来高额的回报利润才是投资者最关心的问题。相较四家大型的国有商业银行，股份制商业银行和城市商业银行的发展尚处于起步阶段，存在资本充足率低下、信用度低、客户群小、网点设置尚未普及等问题，在国有银行处于强势地位的竞争格局下，短期内股份制商业银行和城市商业银行的营利能力并不被看好，外资银行因此不会大幅持有股份制商业银行和城市商业银行的股份。外资银行企图控制单个银行都不太现实，遑论控制整个中国银行体系。

其次，“以开放促发展”是我国长期以来坚持的发展战略。开放我国的金融市场不免会带来一系列的冲击，但并不能因此否认开放政策带来的积极影响。笔者认为，既然银行业内生的改革力量遭遇重重阻碍，引入外力促使银行业改革上升到一个新的台阶是十分必要的。亦即，引入“境外战略投资者”对我国银行业改革而言至关重要。引入外资以后银行业的持续监管问题才是关系到国家金融安全的核心问题。

我国《境外金融机构投资入股中资金融机构管理办法》规定，多个境外金融机构对非上市中资金融机构投资入股比例达到或者超过25%的，对该金融机构按照外资金融机构实施监督管理；如果该中资金融机构已经上市，则仍然按照中资金融机构实施监管。我国已经建立起以《商业银行法》、《中国人民银行法》、《银行业监督管理法》为核心，《外资银行管理条例》及《实施细则》、《金融违法行为处罚办法》、《金融机构撤销条例》等一系列行政法规、规章相配套的银行业监督管理法律体系。入世以后，我国对外资银行和中资银行的监管标准基本趋同。但我国仍充分利用GATS协议下允许的“审慎例外”原则对外资银行的市场准入设置特殊的限制。

我国对外资银行市场准入的限制主要体现在业务准入这一方面。《外资银行管理条例》区分法人银行（即外商独资、中外合资银行）与非法人银行（即外资银行在华分行），明确列举了外资银行的业务范围。相较于法人银行，非法人银行在中国一不能从事银行卡业务，二只能吸收中国境内公民每笔不

---

〔1〕 史建平：“国有商业银行改革应慎重引入外国战略投资者”，载《财经科学》2006年第1期。

少于100万元人民币的定期存款。亦即，非法人银行不能从事人民币零售业务。本币零售业务是一国监管当局极力保护的重点业务。即使在金融市场开放程度极高的美国，本币零售业务也受到严格监管。外国银行的分支机构如果要在美国经营零售业务，需要参加美国的存款保险；但是，美国的存款保险机构则规定，分支机构不能参加美国的存款保险。这就把许多外资银行隔离在美国的零售市场之外，同时就迫使外资银行只能通过购买美国的银行才能开展此业务。[1] 而在我国，人民币零售业务是我国商业银行的主营业务之一，完全开放该业务必将大大削弱我国商业银行所存无几的竞争优势，因此必须严格把控人民币零售业务的开放程度。再者，向外国银行在华分行保留人民币零售业务并不违背我国在GATS协议下的开放承诺。我国就人民币业务的承诺是，申请人在我国营业3年，且申请前连续2年盈利，除此以外无限制。但是在承诺中，人民币业务没有明确细分为零售业务和批发业务。因此我国允许在我国营业3年且申请前连续2年盈利的外资银行在华分行经营人民币批发业务，并不违背我国的入世承诺。

《外资银行管理条例》对外资银行的监管要求主要集中在市场准入方面，对外资银行进入后的市场运营监管则较为薄弱，大都是原则性的规定。对外资银行的运营监管侧重于合规性监管，对风险性监管重视不够。而且对外资银行市场退出监管的规定尚有许多需要完善的地方。

大量关于金融危机的研究发现，在其他条件不变的情况下，一国金融体系的效率和稳健性与其开放度显著相关。世界上最发达和最富效率的金融体系往往是国际化程度最高的金融体系，如中国香港、新加坡、英国、瑞士和卢森堡等。[2] 因此，引入"境外战略投资者"，加强中资银行与外资银行的国际合作，并不必然危及我国的金融安全。构建一个稳健的金融体系，关键在于监管。在金融全球化、自由化的浪潮下，监管当局应当进一步改善监管方式，提高监管质量，在开放的金融市场下保护好民族金融业，提高我国金融市场抵御国际市场系统性风险的能力。

---

〔1〕 巴曙松："外资入股中国银行业：如何超越'贱卖'的争论与分歧"，载《广东金融学院学报》2006年第2期。

〔2〕 巴曙松："外资入股中国银行业：如何超越'贱卖'的争论与分歧"，载《广东金融学院学报》2006年第2期。

浅析我国知识产权领域反垄断双边合作的基础

张帆*

经济全球化发展推动国际分工进一步深化，产品与知识技术等生产要素的跨国流动范围扩大，国际市场竞争度日益增加，一方面，发达国家逐步丧失部分产业部门中的竞争优势，发展中国家积极参与利益分配，享受自由贸易带来的红利。另一方面，为维持在国际分工和国际交换中的支配地位，缓和国内矛盾，部分发达国家奉行新的贸易保护主义（new trade protectionism）。由于WTO规则并不排斥各成员国的经济自主性，目前，采取与WTO不直接冲突的各种保护措施，已成为经济全球化过程中贸易保护主义的普遍形态。新贸易保护主义主要以非关税措施为主要手段，借助国内立法与国际磋商协调，形成了多边贸易体制下政府对贸易活动干预的形式。主要包括自动出口限制（Voluntary Export Restrains，VE-

---

* 作者系中国政法大学全球化法律问题研究中心研究员，中国政法大学国际法学院博士生，日本新潟大学法学硕士研究生。

Rs)、进口配额（import quota)、反倾销（anti - dumping）措施、技术性壁垒(technical barriers to trade)、知识产权壁垒、绿色壁垒（Green Barriers, GBs)[1]、汇率操纵等非关税的贸易限制措施。其中，知识产权壁垒已经成为自由贸易发展的主要障碍之一，而知识产权壁垒中的权利滥用行为对有序竞争的消极影响被广泛重视，并被国际条约和主要国家国内法加以禁止或限制。本文通过比较国际条约和主要国家法律制度中贸易领域的反垄断措施，浅析反垄断双边合作的可行性。

一、关于限制知识产权滥用的国际条约

（一）反垄断规则

WTO作为一个开放性的多边国际贸易体系，其协议规则都是具有法律效力的国际条约。虽然，WTO多边贸易协定中并没有一部概括性的反垄断规则，但是WTO中分散的竞争政策和反垄断规则反映了共同的政策价值标准。

货物贸易类：《关税和贸易总协定》（以下简称“GATT”）第17条（对国家垄断贸易企业的规定)、GATT第6条（关于反倾销与平衡税的规定)[2]、GATT第19条（关于保护措施的规定)、GATT第20条（d)（关于独占实施、知识产权、欺诈惯行等一般例外条款)。

服务贸易类：《服务贸易总协定》（以下简称“GAT”）第8条（关于独占和排他服务提供方的规定)、GATS第9条（交易习惯的规定)、电信服务附件。

知识产权类：《与贸易有关的知识产权协议》（以下简称“TRIPS”）第8.2条（适用原则）——防止滥用知识产权的规定、TRIPS第40条（限制实施许可合同中不正当竞争行为的规定)、TRIPS第31条（k)（关于强制许可的规定)。

此外，GATT第3条规定的国民待遇原则同样对竞争政策和反垄断规则也有积极影响。

---

〔1〕绿色壁垒主要包括：绿色关税、绿色技术标准、绿色环境标识、绿色卫生检疫、绿色补贴等贸易限制措施。

〔2〕GATT第6条和GATT第19条（关于贸易救济的规定)。GATT第6条中适用对象可视作一般反垄断法意义上的低价销售行为。GATT第19条则可以视作一般反垄断法中关于合理化豁免适用的规定。

（二）知识产权滥用的限制规则

为了防止过度行使知识产权可能损害有序竞争的行为，TRIPS 协议给予了足够的关注。TRIPS 协议第 8 条规定了禁止知识产权滥用的原则；第 30 条规定了授予专利权的例外规定；第 31 条规定了强制许可制度；第 40 条[1]规定了知识产权纠纷的磋商原则，并列举了知识产权滥用行为；上述条款都是对知识产权限制的体现。TRIPS 协议要求各国在知识产权保护方面必须达到 TRIPS 协议规定的最低标准，但同时也授权各国对滥用知识产权的行为进行规制。但对于什么是妨碍竞争的行为，TRIPS 协议仅仅规定了一部分抽象的基本原则，而把对不合法行为的决定权留给了各成员自己[2]。

二、TRIPS 列举的知识产权滥用行为的政策内容

（一）认定原则

TRIPS 协定在绪言中明确声明："期望减少对国际贸易的扭曲和阻碍，并考虑到充分、有效地保护知识产权的必要性，以及保证实施知识产权的措施和程序本身不成为合法贸易的障碍，需要制定有关下列问题的新的规则和纪律。""各成员承认保护知识产权制度基础的公共政策目标，包括发展和技术的目标"。因此，可以推断是否存在知识产权不正当实施，即知识产权滥用的判定标准是：不利于（或损害）技术革新、转让与传播；不利于知识产权拥有者与使用者权利义务的平衡；不利于（或损害）社会进步和公共利益的行

---

[1] TRIPS 协议第 40 条内容具体如下：①全体成员一致认为：与知识产权有关的某些妨碍竞争的许可证贸易活动或条件，可能对贸易具有消极影响，并可能阻碍技术的转让与传播。②本协议的规定，不应阻止成员在其国内立法中具体说明在特定场合可能构成对知识产权的滥用。从而在有关市场对竞争有消极影响的许可证贸易活动或条件。如上文所规定，成员可在与本协议的其他规定一致的前提下，顾及该成员的有关法律与条例，采取适当措施防止或控制这类活动。这类活动包括诸如独占性返授条件、禁止对有关知识产权的有效性提出异性的条件、或强迫性的一揽子许可证。③如果任何一成员国有理由认为作为另一成员之国民或居民的知识产权所有人正在从事违反前一成员的有涉本节内容之法规定活动，同时前一成员又希望不损害任何合法活动、也不妨碍各方成员作终局决定的充分自由，又能保证对其域内法规的遵守，则后一成员应当根据前一成员的要求而与之协商。在符合其域内法律、并达成双方满意的协议以使要求协商的成员予以保密的前提下，被要求协商的成员应对协商给予充分的、真诚的考虑，并提供合适的机会，并应提供与所协商之问题有关的、可公开获得的非秘密信息以及该成员能得到的其他信息，以示合作。④如果一成员国的国民或居民被指控违反另一成员的涉及本节内容的法律与条例，因而在另一成员境内被诉，则前一成员应依照本条第 3 款之相同条件，根据后一成员的要求，提供与之协商的机会。

[2] http://www.studa.net/minfa/100320/13592213.html，从 TRIPS 协议第 40 条谈知识产权滥用的竞争法规制。

为〔1〕。该原则具体表现为第40条对知识产权许可合同中限制竞争行为的控制，主要内容为：①各缔约方一致认为，与知识产权有关的一些限制竞争的许可行为或条件可能对贸易产生不利影响，并可能妨碍技术的转让和传播。②各成员可在其立法中规定在特定情况下可能构成对知识产权的滥用，从而在有关的市场上对竞争产生不利影响的许可行为或条件。各成员可以在与本协议的其他规定相一致的情况下，采取适当的措施来制止或控制这样的行为。

（二）知识产权滥用行为的形态

TRIPS第40条列举了知识产权滥用行为，如独占性回授条件，禁止对有效性提出异议的条件和强迫性一揽子许可〔2〕。上述规定有明显的授权特征，反映了成员国之间的利益平衡。出于平衡国内立法和国际条约之间的关系，为了平衡发达国家和发展中国家之间的冲突与分歧，TRIPS并未将知识产权滥用行为充分具体化，而是授权成员国自行制定相关适用规则。

三、美国、欧共体、日本、我国关于知识产权许可中主要权利滥用行为的规制特点

（一）美国

1995年4月6日，美国司法部和联邦贸易委员会颁布了《关于知识产权

---

〔1〕 http://law.hust.edu.cn/Law2008/ShowArticle.asp?ArticleID=10257，高华："国际贸易中知识产权滥用的概念及判定标准分析——以美国判例、立法及TRIPS为背景"。

〔2〕 根据TRIPS原则以下行为也应视为知识产权权利滥用行为：

搭售行为——将两种或两种以上产品捆绑成一种产品进行销售，以致购买者为得到其所想要的产品就必须购买其他产品的行为。所谓搭售协议是指顾客为购买或者得到某种产品（即搭售产品tying prouduct）的许可被迫购买或者接受其他产品（即被搭售的产品，tied product）的许可。

拒绝许可——知识产权人利用自己对知识产权所拥有的专有权，拒绝授予其竞争对手合理的使用许可，从而排除其他人的竞争，以巩固和加强自己的垄断地位的行为。有些学者也将其称为拒绝交易。拒绝许可的方式可以是明示的，如专利权人明确表示拒绝他人使用其专利技术的请求；也可以是默示的，如专利权人收到他人请求许可的申请之后未在合理的期限内给予答复。许可或不许可他人使用其权利是知识产权人的一项专有权，受到知识产权法的保护。一般而言，知识产权人没有义务使用或者许可其技术。

技术池——两方或者多方将技术集合在一起，以一揽子安排的形式，向该提供技术的成员许可或者第三方许可该一揽子的技术。技术池也可以允许被许可人得到某一项技术的单独许可。技术池的设立可以仅建立在几个成员间简单协议的基础之上，也可以通过建立一个专门的组织并由该组织来负责该一揽子许可的颁发事宜。技术池和标准之间没有必然的联系。但是在很多情况下，技术池中的技术可以全部或者部分地支持某一行业标准。在实践中，技术池往往是关于专利的，因此很多时候直接以"专利池"的称谓出现。

许可行为的反垄断指南》（以下简称《指南》）。《指南》明确了立法者对知识产权许可行为的认识原则：原则一，同等对待知识产权与其他财产权；原则二，不推定知识产权自身具有反垄断法意义上的市场支配力；知识产权许可行为通常有利于竞争。《指南》的目的释明何种知识产权许可行为构成法律禁止的垄断行为。《指南》并没有排除反垄断法适用过程中审查人员的判断和裁量。

《指南》的适用对象包括保护专利、著作权、商业秘密、技术诀窍为目的的协议项下的知识产权，商标权排除在外[1]。同时规定，协议无反竞争内容，且许可人和被许可人在关联市场中的共同市场份额不足20%时，该类许可协议将受到政府追诉的豁免。

（二）欧盟

2004年5月1日欧盟《技术许可协议集体豁免条例》（欧共体条例772/2004号：TTBER)[2]（以下简称《条例》）正式生效。《条例》替代了1996年制定的《技术许可条例》(欧共体条例240/96号)。《条例》强制要求企业于2006年3月31日前按照该条例履行修改既有协议的义务。否则协议无效，并需承担损失赔偿责任和行政罚款的不利后果。

《条例》反映出两个特征：其一，技术许可协议在通常情况下具有改善经济效率，促进竞争和鼓励技术研发的效果。判断技术许可协议中限制性规定的反竞争效果和技术许可协议自身产生的经济效率和竞争效果之间的孰高孰低，取决于相关当事企业的市场支配地位；其二，对交叉许可协议和非交叉许可协议，有竞争关系企业之间和无竞争关系企业之间的协议加以区分。这点与其他国家和地区的规定有所区别。《条例》认为竞争企业之间的协议较之非竞争关系企业之间的协议，更加有损竞争秩序。

《条例》规范了包括专利权、实用新型、外观设计、集成电路布图设计、植物育种者的权利、技术诀窍、软件著作权在内的知识产权许可协议。作为例外，《条例》对特定种类的技术许可协议提出了豁免，排除这类技术许可协

[1] 《指南》中所说的著作权也适用于日后出现的新的著作权形式，如软件和IT技术等。

[2] 2004年4月27日，欧盟委员会颁布新的《关于技术转让协议适用条例第81条第3款的772/2004号条例》(COMMISSION REGULATION (EC) No 772/2004 of 27 April 2004 on the Application of Article 81 (3) of the Treaty to Categories of Technology Transfer Agreements，一般简称为TTBER。

议在《欧盟竞争法》（EC Competition Law）〔1〕第81条第1款中规定的“一般禁止的适用”。因此，这类协议自动发生法律上的效力。但是，不满足第81条第3款规定要件（即不属于条例适用的对象）〔2〕的，不当然视作违法。经个案判断后，可免除适用第81条第1款。同样在适用豁免中，有无竞争关系企业之间的协议适用不同标准。即竞争者之间的协议中，关联技术和产品市场中协议双方的市场份额相加不超过20%的；非竞争关系企业间协议，各当事人在关联技术和产品市场的市场份额不超过30%的，免除适用《条例》。协议当事人在任意关联市场的市场份额超过上述标准的，则在该关联市场内，不得享受豁免。

《条例》规定了核心限制（hardcore restrictions）〔3〕和豁免除外限制（excluded restrictions）。核心限制将被视为有损市场竞争。包含类似条款的协议，无需考虑是否达到市场份额标准，一律不适用豁免。通常，此类协议不是个案豁免的对象，且对核心限制进行个案判断时，除非极其特殊的情况，否则不得适用第81条第3款。核心限制区分有竞争关系企业之间和无竞争关系企业之间，《条例》规定竞争关系企业之间的协议中有固定价格、限制产量或者销量、市场分割和消费者、技术使用限制等限制性条款适用的核心限制〔4〕；无竞争关系企业之间的协议中有最高销售价格或者推荐价格以外的价格限制条款、区域限制、最终消费者积极销售或者消极销售等限制性条款属于核心限制〔5〕。《条例》罗列了豁免除外限制，该类限制性条款不再划一地获得豁免，调查机关将对该限制性条款产生的竞争促进和竞争限制效果之间进行个案判定。当竞争促进效果大于竞争限制效果时，则可获得豁免。主要包括回授条款、技术改良的转让限制性条款、不争条款等。

关于交叉许可，《条例》在认定交叉许可协议具有促进竞争作用的同时，认为交叉许可协议中限制任何一方当事人使用自有技术的，则可能排除在第

〔1〕《欧洲共同体条约》第81条第1款是欧共体竞争法关于联合限制竞争行为的核心实体法规范。

〔2〕第81（3）条中规定了可以豁免的两个积极条件和两个消极条件。积极条件包括：a. 有助于改善产品的生产或销售，或促进技术或经济的进步；b. 为消费者保留由此产生的合理利益的份额。消极条件包括：a. 不向有关企业强加为达到上述目标并非必要的限制；b. 不使这些企业能在有关产品的重要部分排除竞争。

〔3〕TTBER第4条和条例III. 4。

〔4〕TTBER第4条第1款和条例III. 4的第77段至第95段。

〔5〕TTBER第4条第2款和条例III. 4的第96段至第106段。

81 条第 3 款的适用豁免之外。另外，竞争者间的交叉许可协议中互设或单方设定回授义务即要求共享被许可方改良后技术的，则可被视为妨害技术革新和技术进步[1]的安排。

关于技术池[2]，《条例》将技术池内技术分为三类：完善技术、替代技术、必要技术[3]。一方面，如果技术池仅由必要技术及其完善技术组成，通常情况下，无论当事人市场份额的多少，技术池均不会被视为第 81 条第 1 款禁止的对象。另一方面，包含非必要技术的技术池则需要个案判断。《条例》进行上述判断的标准分别是，技术池在市场中的地位。市场地位越重要，则有害竞争的效果越大；包含非必要技术的技术池不能存在歧视且应当开放；不得排除第三方的技术或者不得不正当地限制替代技术池的形成。

（三）日本

1968 年日本颁布了《关于国际技术引进协议的认定标准》（以下简称《标准》）。日本公平交易委员会通过该《标准》，明确了技术许可协议受反垄断法规范的原则。《标准》中划分黑色条款（不公平交易之高风险行为）和白色条款（专利或实用新型法范围内的权利行使行为）。但是，《标准》规定上述分类标准仅适用于涉外技术许可协议。虽然《标准》满足了 1968 年到 1989 年日本高速成长期日本企业从外国大量获取技术的需要，但是，由于《标准》内容更倾向于保护日本企业，对外国企业较为苛刻，所以备受外国权利人的诟病。为此，日本颁布了《关于规范专利、技术秘密许可协议中的不正当竞争行为的适用标准》（以下简称《新标准》）。《新标准》中将涉外和国内的知识产权均纳入规范。除上述白色条款和黑色条款外，《新标准》增加了灰色条款（不公平交易之风险行为）的规定，并更加倾向于适用合理性原则。

日本政府颁布的另一部规定中也对技术转移协议的反竞争行为进行了规范。1999 年 7 月 30 日，日本公平交易委员会公布了《关于专利、技术秘密许可协议反垄断法的指引》（以下简称《指引》）。《指引》广泛适用于专利、技术秘密许可协议，同时规定其他知识产权相关许可协议参照适用。此外，《指

---

[1] 条例 III. 4 的第 111 段。

[2] “技术池”是指两个或两个以上的技术权利人相互间交叉许可或共同许可第三方使用其技术的联合协议安排，有时也指这种联合安排下的技术联盟。见条例第 IV. 4 第 210 段。

[3] 条例第 IV. 4 第 213、214 段。

引》中在白色条款和黑色条款及灰色条款外，新增了关于灰黑色条款（违法之高风险行为）的内容。灰黑色条款是根据合理原则，从原黑色条款中划分出来的内容。《指引》没有采取欧盟条例的市场份额的划分标准，仅概括地规定了与技术有关的贸易行为关联市场的划分标准原则上与商品和服务相同。日本公平贸易委员会坚持把日本《反垄断法》第21条[1]作为执法的前提和基础[2]。

（四）中国

我国知识产权技术许可行为受到多部法律、法规和部门规章的规范调整。与其他国家的法律制度相似，我国法律将技术转让协议视为一种特殊类别的协议。包含规范技术许可协议的法律法规主要有：《中外合资企业法实施条例》（1983年）、《反不正当竞争法》（1993年）、《合同法》[3]（1999年）、《技术进出口管理条例》（2001年）、《关于审理技术协议纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2004年）、《对外贸易法》（2004年）、《反垄断法》（2008年）。同时，为了规制知识产权不正当竞争行为及滥用行为，我国先后制定了《反不正当竞争法》和《反垄断法》。《反不正当竞争法》主要对仿冒、虚假表示、虚假宣传、商业诋毁及侵犯商业秘密等5种与知识产权有关的不正当竞争行为进行规制。除经济法外，作为民事审判的依据，最高人民法院颁布了《关于审理技术协议纠纷案件适用法律若干问题的解释》，其第10条规定了以下六种类型的“反垄断”行为：①限制当事人一方在协议标的技术基础上进行新的研究开发或者限制其使用所改进的技术，或者双方交换改进技术的条件不对等，包括要求一方将其自行改进的技术无偿提供给对方、非互惠性转让给对方、无偿独占或者共享该改进技术的知识产权；②限制当事人一方从其他来源获得与技术提供方类似技术或者与其竞争的技术；③阻碍当事人一方根据市场需求，按照合理方式充分实施协议标的技术，包括明显不合理地限制技术接受方实施协议标的技术生产产品或者提供服务的数量、品种、

[1] 日本《反垄断法》第21条：“本法规定不适用行使著作权法、专利法、实用新型、外观设计或商标法所赋予权利的行为。”

[2] 除具备著作权、专利权和其他知识产权权利的外观外，经过合理判断认为背离了知识产权保护的法益，仍被视为有损竞争之行为。反之，则排除反垄断法的适用。

[3] 《合同法》第329条的规定是针对技术合同滥用，指明了三种滥用技术合同的情形：非法垄断技术合同、妨碍技术进步的合同、侵害他人技术成果的技术合同。

价格、销售渠道和出口市场；④要求技术接受方接受并非实施技术必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备、服务以及接收非必需的人员等；⑤不合理地限制技术接受方购买原材料、零部件、产品或者设备等的渠道或者来源；⑥禁止技术接受方对协议标的技术知识产权的有效性提出异议或者对提出异议附加条件。

《反垄断法》仅对损害有序竞争的知识产权滥用行为作出了原则性规定，即第55条规定："经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为，不适用本法；但是，经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用本法。"根据上述原则，可以认为构成权利滥用行为必须具备两个条件：一是客观上存在滥用知识产权法律、行政法规规定的权利的行为；二是该行为排除、限制了竞争或者可能产生排除、限制竞争的后果。因此，在法律适用和行政执法或司法机构适用《反垄断法》时，必须查清滥用知识产权行为而产生排除、限制竞争的后果。对于是否构成"排除、限制竞争"，可以根据《反垄断法》从垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中等三个方面的规定来进行分析与判定[1]。

（五）归纳

1. 适用范围。

美国	包括专利、著作权、商业秘密和技术诀窍
欧盟	包括专利、外关设计、技术诀窍和软件著作权
日本	包括专利和技术诀窍
中国	包括专利、实用新型、外观设计、技术秘密和其他知识产权

2. 适用原则。

美国	合理性原则和当然违法
欧盟	市场份额标准原则。豁免原则、区分核心类限制性条款和排除豁免类限制性条款。
日本	合理性原则。区分白色条款、黑色条款、灰色条款和灰黑色条款

[1]《知财研纪要》2005年版，第92~93页。

续表

中国	公共利益优先原则[1]、法定原则。列举的知识产权滥用行为一律被禁止。

3. 关于回授条款。

美国	根据合理性原则判断，原则上禁止回授条款，但容忍非排他性回授条款。
欧盟	将回授条款纳入排除豁免类限制性条款（TTBER 第 5 条第 1 款 a），容忍非排他性回授条款。
日本	完全非排他性回授条款纳入灰褐色条款[2]。容忍非排他性回授条款。
中国	民商事法规《最高人民法院关于审理技术协议纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 10 条第 1 款、《合同法》第 329 条。

4. 关于不争条款。

美国	未作特别规定。自 Lear V. Adkins 案件（395 US 653 1969）以来，不争条款被视为无效
欧盟	将不争条款纳入排除豁免类限制性条款（TTBER 第 5 条第 1 款 a），根据合理性原则判断。
日本	认为不争条款可能严重损害市场竞争秩序，视为不正当竞争行为。
中国	民商事法规《最高人民法院关于审理技术协议纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 10 条第 6 款、《合同法》第 329 条。

5. 关于捆绑销售。

美国	适用合理性原则，个案判断。除有特别事由外，视为不正当竞争行为。
欧盟	市场份额超过 20% 的竞争关系企业之间；市场份额超过 30% 的非竞争企业之间达成的捆绑销售条款，不得豁免。

[1] 《中国反垄断相关企业经营中的知识产权行为预测和应对》第 16 页。
[2] 《知财研纪要》2005 年版，第 92 页。

续表

日本	原则上视为不正当竞争行为和交易限制行为。但是，根据合理性原则，认为条款是以保护被许可技术的有效性为目的，且在必要范围内时，不视为不正当竞争行为和交易限制行为。
中国	民商事法规《最高人民法院关于审理技术协议纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条第4款、《合同法》第329条、《反不正当竞争法》。

6. 关于交叉许可和技术池。

美国	原则上，认可行为本身有利于竞争。但需根据合理性原则进行个案判断。
欧盟	原则上，认为行为本身有利于竞争。但是，区分完善技术、替代技术、必要技术，根据合理性原则判断。
日本	原则上，认为行为本身有利于竞争。认为构成对竞争的实际限制时，视为限制竞争行为或垄断行为。
中国	未作特别规定。

从各国反垄断法的规定和实践来看，知识产权权利人在行使权利时违反《反垄断法》，排除、限制竞争的行为就是滥用知识产权的行为。各国反垄断法或者竞争法适用于滥用知识产权行为的要件，仅仅是知识产权的"行使"构成了对市场竞争的排除或限制，而并不需要事先认定存在某个滥用知识产权的行为。对知识产权滥用行为的认定大多遵循合理原则。所谓合理原则，是指在确定某些对竞争的限制比较模糊的行为是否构成违法行为时，必须慎重考虑当事人的行为意图、行为方式以及行为后果等因素。

而欧盟在规范技术转移合同中损害竞争行为方面具有鲜明的特点：①适用豁免。即区分"核心限制"。"核心限制"即最严重的、绝对禁止的限制性条款，只要协议中有条款属于核心限制的范围，整个协议将被排除于豁免之外。反之，只要协议没有包含核心限制，那么就不适用竞争法。认定协议条款是否属于"核心限制"，先需要判定其协议方是竞争企业抑或非竞争企业。

②趋向简化。即技术许可协议豁免条例旨在保证有效竞争和为企业提供足够的法律救济，故要求条例简单实用、一目了然，非常清晰的列出了协议中不可含有的限制性条款，因此在实施途径上有固定的形式，提高了法律的可预期性和实施的便利性。③经济政策上的市场标准的运用。即以对象企业的市场份额（市场支配地位）为标准对许可协议产生的竞争影响进行消极或是积极的判断。④个案判断，利益衡量。即尽管提供了对《欧共体条约》第 81 条的具体适用，但并没有排除对该条的一般性适用，判断协议的竞争利益与反竞争影响孰大孰小。⑤法律的可预见性和确定性。从 2004 年 5 月 1 日以后，条例豁免范围以外的协议安排不能再得到欧委会的个别豁免。也就是说，在条例下只能进行集体豁免，而意欲使协议获得集体豁免，则需要协议所产生的竞争影响有可估计性。企业根据指南自我评估，其意义在于使企业在适用法律的过程中转被动为主动，通过预期的自我分析，及时调整市场行为。

反观我国，《反垄断法》为规制滥用知识产权限制或阻碍竞争行为提供了总括性的法律依据，没有全面、具体阐述知识产权滥用行为与垄断行为的关系以及《反垄断法》在知识产权领域适用的一般原则和具体规制条款。认定原则优先考虑公共利益，对限制性条款采取一律视为无效的做法，可能产生限制竞争的消极影响。应当将与竞争有关的知识产权行为落入《反垄断法》的法律评价范围，根据该行为对竞争所产生的具体影响、市场的结构状况、效率和正当理由等因素综合权衡，以保证法律对促进新经济的制度创新功能。由主管部门制定具体的行动规范，增加行为后果的可预见性。同时，应当明确统一的主管部门和建立与其他部门的协作机制。

四、通过双边贸易协定规范知识产权滥用行为的可能性

知识产权和反垄断法在推动科技创新和促进经济发展方面有共同的指向，但作为私权利的知识产权和为保护社会公共利益而设的反垄断法之间是存在冲突的，知识产权的被滥用也会阻碍社会竞争，因此反垄断法有必要对知识产权的滥用加以控制和约束。现代知识产权国际保护制度主要有两个基本特点：一是以国际贸易体制为框架，推行高水平的知识产权保护；二是以执行机制与多边争端机制为后盾，推行高效益的知识产权保护。截至 2010 年，WTO 成员已签署了 300 多个双边和地区自由贸易协定[1]，有评论认为，众

[1] WTO《2011 年世界贸易报告》。

多双边、多边协定可能削弱 WTO 规则。但是，区域贸易协定和多边贸易体制所体现的基本原则是一致的即促进自由贸易和公平竞争的原则基本一致。我们知道，WTO 多边贸易体制所体现的基本原则主要有自由贸易原则、透明度原则和公平贸易原则。随着区域一体化，双边合作和多边协定成为促进各国立法跨境协调的重要方法。具备共同目标和相同价值基础的前提下，双边合作和多边协定具有法制国际化和标准化的功能，亦有助于推动类似的 WTO 框架下取得更广泛的认同和合作。大多数的国际知识产权纠纷可以通过双边协定或区域自由贸易协定来解决。因此，可以认为双边合作过程中，有利于信息交换、提高谈判效率、建立有效的监督合作、磋商机制和争端解决制度，特别是在法律适用、争议解决和执行方面具有重要意义。

近年来，我国签订的双边自由贸易协定中分别加入了“知识产权保护条款”[1] 和“反垄断条款”[2]，旨在通过双边贸易协定改善贸易环境，维护本国知识产权的同时，与缔约国共同防范损害竞争的权利滥用行为，促进双边自由贸易。时值我国《反垄断法》颁布实施，并将推出相关实施细则之际，我国《反垄断法》在立法目的、适用原则、审查标准和法律责任方面已经做到了与国际接轨。特别是在知识产权滥用行为保护方面，已经具备条件。全球性经济危机中，一些国家的贸易保护主义开始抬头，使国际市场公平竞争的秩序受到一定干扰，针对我国贸易活动的保护措施更加多样化和隐蔽化。为此，加强建立国际化和标准化的国家间反垄断协调机制已迫在眉睫。借鉴发达国家的立法和法律适用经验完善国内法律制度，同时通过双边合作维护合法权益，改善国际贸易环境，积累反垄断制度的运用经验，值得期待。

---

〔1〕 如《中华人民共和国和新西兰政府自由贸易协定》第八章“技术性贸易壁垒”、第十二章“知识产权”。

〔2〕 如《中华人民共和国政府和新加坡共和国政府自由贸易协定》第69条。

浅析中国入世后遭遇的美国反补贴调查实践

宫仁海*

加入世贸组织后，中国经济总量迅速增长，外贸规模扩大，现已成为世界第二大经济体和第二大贸易国。与此同时，中国与美国、欧盟等主要贸易伙伴的贸易互补性减弱，与新兴市场国家竞争面扩大，贸易利益冲突进一步显现，贸易摩擦数量增多、范围扩大、形势趋严，应对工作难度加大，反补贴调查成为中国企业遭遇国外贸易救济调查的主要形式。部分 WTO 成员对华出口产品频繁发起反补贴调查，主要为质疑中国经济体制和管理政策的合规性，不仅在一定程度上恶化了中国对外贸易的外部环境，而且较大地干扰了国家层面宏观经济调控措施的稳定性和持续性，反补贴调查和补贴问题已成为近期中国遭遇贸易摩擦的焦点问题之一。

---

* 作者系中国政法大学国际法学院贸易救济研究中心研究员，国际法学院 2011 级博士研究生，本论文是国家社科重点项目："应对国际贸易摩擦和争端的协调机制研究"（项目号：09AZD014）的子项目"应对国际贸易摩擦与争端协调机制比较研究"的前期成果。

一、中国面临的反补贴调查高发和复杂态势

1. 立案调查迅速增多，从发达国家向发展中国家蔓延。近5年为中国遭遇反补贴调查的高发期，2007～2010年全球对华反补贴立案调查分别为8起、11起、13起、6起，截至2011年10月，国外对中国产品发起反补贴立案调查共计52起，其中美国30起，加拿大12起，澳大利亚5起，欧盟2起，南非、印度、墨西哥各1起。此外，一些发展中成员的产业也在酝酿提交调查申请。中国加入世贸组织的10年间，不仅成为全球反倾销措施的最大受害者，同时现已成为国际反补贴调查的首要目标国，涉案产品出口受到较大影响。

2. 指控宏观经济政策领域宽，影响产业范围广。据初步统计，国外调查涉及20个国务院部门和单位共46项中央经济政策，15个省（自治区、直辖市）百余项地方经济政策，涉及中国金融、投资、国企改革等7大领域，对方裁定中国优惠贷款、政府低价提供土地、特定地区和企业税收减免等10大类项目存在违规补贴，这些裁定涉及中国钢铁、石化、纺织、造纸等具有较强国际竞争力和较大发展空间的优势产业，已开始触及中国宏观经济制度安排。[1]

3. 反补贴调查操作实践的传导性和扩散性进一步加强。美国和加拿大对华产品频频立案后，澳大利亚和南非等国也纷纷仿效。因其调查机关属于准司法机构，根据普通法国家的判例原则，一旦中国某项政策措施被认定为补贴，该项裁决就会成为"既成事实"在调查国和其他WTO成员后发案件中被引用。例如，美国商务部在标准钢管案中认定中国"国有企业低价提供原材料"构成"补贴"项目，此后又在薄壁矩形钢管、编织袋和非公路轮胎等案件中做出相同认定；随后，加拿大国内产业对华标准钢管提起的反补贴调查申请中直接援引此项裁定。澳大利亚申诉方随即引用美、加的终裁裁决作为对华相同产品提起反补贴的证据。

4. 主要贸易伙伴修改相关立法，调查机关制定新措施。在美国产业的鼓动下，美国国会议员从2004年至今提交的涉华经贸立法提案中，关于美国反补贴法扩大适用于"非市场经济国家"的议案数量位居首位。同时，美商务

---

〔1〕 本部分相关数据主要来源于邓德雄：《国外对华反补贴研究》，中国商务出版社2010年版，第147～157页，表7.7——美国对华补贴项目认定一栏表。

部也重新制定和调整了在此领域的具体操作方法：2010 年 8 月，美国商务部宣布 14 项主要针对涉及非市场经济国家加强反倾销和反补贴法实施的建议措施，包括加强提交事实材料的核证程序、缩短反倾销和反补贴案件中递交新事实资料的期限等。[1] 2006 年底，欧盟委员会在反思其贸易救济工具的绿皮书中也探讨了对华适用反补贴的可行性和效果，欧洲钢铁联盟为此聘请美国律所进行法律分析。加拿大、澳大利亚、印度、南非等 WTO 成员的调查机关也密切关注并拟仿效美国对华反补贴实践的具体做法。

5. 中国产业发展和促进政策在世贸组织面临多边挑战。2007 年 2 月，美国、墨西哥在世贸组织起诉中国出口补贴和进口替代政策。2008 年 12 月，美墨再次联手对华“出口名牌”和“中国世界名牌”等优惠措施发难，这也是中国地方政府有关补贴的措施首次被诉诸 WTO 争端解决机制。2011 年 10 月，美国在世贸组织补贴与反补贴措施委员会 2011 年秋季例会对华最后一次过渡性审议期间，提交了其收集的中国 200 余项补贴政策，指责中国通报不完整。此外，美欧等成员希望利用 WTO 反补贴规则谈判，将针对中国进行的反补贴调查所采用的“外部基准”和“降低专项性标准”等特殊做法纳入多边规则。

中国的政治体制、发展模式和经营理念与西方不同，却取得了社会秩序稳定、经济快速发展的成就。特别是全球金融危机以及欧债危机发生后，中国综合经济实力依然增强，国际地位和影响力持续上升，“中国模式”既赢得广泛瞩目，也受到一定争议和质疑。在此背景下，针对中国的反补贴调查不仅是实施一种贸易救济措施，更反映出不同经济制度、意识形态、价值观的冲突与博弈，也表明中国未来经济增长方式和管理方法所面临的压力、挑战和阻碍；同时，我国在经济发展中确实存在一些结构性和体制性问题，需进行进一步改革和完善。由此引发的各种贸易摩擦将成为今后一个时期中国对外经贸关系的主要矛盾之一。

二、美国对非市场经济国家适用反补贴法的历史沿革

美国成文法对美国反补贴法是否适用于非市场经济国家的规定是模糊

[1] 中国人民共和国商务部：《国别贸易投资环境报告 2011》，第 133 ~ 134 页。

的[1]，而判例法得出结论为美国反补贴法不能充分满足适用于当时非市场经济（Non Market Economy，NME）国家的构成要件，但可适用于市场经济导向行业（Market - oriented Industry，MOI），实际上没有一家 NME 企业通过 MOI 的测试……2006 年 11 月，美国对华铜版纸发起反倾销和反补贴合并调查，开创了美国商务部（Department of Commerce，DOC）改变自身调查方法后，对非市场经济体（Non Market Economy，NME）进行完整反补贴调查的先例。

DOC 对 NME 国家进行反补贴调查的历史最早可以追溯到 20 世纪 80 年代。1983 年，DOC 对华纺织品和服装发起反补贴立案调查，申请人随后撤诉；[2] 1984 年，DOC 对波兰和捷克斯洛伐克的碳钢盘条发起反补贴立案申请。[3] DOC 在调查中均发现在这些国家适用美国反补贴法律时存在很大的障碍。DOC 在盘条案终裁中认为"初步裁定没有充分考虑（……）管辖权问题，即非市场经济国家的政府行为是否能够赋予第 303 节项下的补贴。经过再次考虑，我们认为符合第 303 节含义的补贴在非市场经济国家中不可能存在"，而且对 NME 不能认定美国《1930 年关税法》第 303 节下的"补助金"或"拨款"[4]。该案为能否对 NME 国家开展反补贴调查设定了一个非常重要的先例。

随后，乔治城钢铁公司等申请人联合向美国国际贸易法院（Court of International Trade，CIT）申请司法复审。CIT 支持申请人的意见并推翻了 DOC 的结论。但是，当案件上诉到美国联邦巡回上诉法院（Court of Appeals，Federal Circuit，CAFC）后，DOC 的立场得到了上诉法院的支持。这就是著名的乔治城钢铁案（Georgetown Steel）[5]。CAFC 对反补贴法是否适用于非市场经济国家做出如下认定：

……国会制定反补贴法的目的，就是为了使美国企业免受外国生产商不公平竞争优势的损害，这种"不公平竞争"指的是在市场条件下由于补贴而产生价格优势并影响到对于出口地的选择。而针对从 NME 国家进口的产品，"不公平"的竞争不可能存在。因为尽管一个 NME 国家可以通过多种实体参

---

[1] 彭育园："美国反补贴法的修改与我国的应对方略"，载《对外经贸实务》2006 年第 10 期，第 18 页。

[2] 48 FEDERAL REGISTER 46600.

[3] 48 FEDERAL REGISTER 56419.

[4] 49 FEDERAL REGISTER 19374.

[5] 801 F. 2d 1308.

与外贸活动，但是这些机构是受该 NME 国家的控制，由该国决定在何地、何时以及何种产品可以销售，以及这些产品的销售价格和条件。

CAFC 还认为，NME 国家对其出口企业提供的经济激励并不会影响到企业在美国进行销售的行为与价格。[1] 如果这些经济激励能在最宽泛的意义上被认为是补贴的话，那么这些国家补贴的对象也是他们的政府本身。CAFC 还认为美国会决定反倾销法是保护美国产业不受非市场经济进口产品损害的适当手段。如果这个救济不足以保护美国产业，则应该由国会来提供其认为适当的额外救济。[2]

本案的判决为今后美国对待 NME 国家反补贴问题奠定了基本原则，即美国的反补贴法适用于来自 NME 的进口产品时存在非常大的技术障碍。同时，DOC 对 NME 国家开展反补贴调查的原则也是根据企业的市场化情形进行改变的，在 20 世纪 90 年代初期对华的摇头扇和镀铬螺母案中，DOC 认定反补贴方法可适用于 NME 国家中的市场导向产业[3]。

三、美国对华反补贴理论和实践的发展

（一）双重救济或双重计算问题

美国反补贴法主要针对出口补贴和国内补贴这两种补贴行为。出口补贴由于其对国际贸易的影响程度相对较小，对其适用反补贴法争议不大。[4] 但对于国内补贴，特别是 NME 的反补贴调查，该问题变得较为复杂，也是中美双方关于双重救济或双重计算中的主要争议点之一。

双重救济问题的根源是对“非市场经济国家”适用特殊的反倾销规则，即“替代国方法”。美国调查机关适用正常的反补贴规则和特殊的反倾销规则解决的实质上是同一个问题：政府干预导致的市场价格扭曲；也可以从法律逻辑上理解为：非市场经济体的所有生产要素和资源配置都是扭曲的，即补贴广泛存在，经济领域不存在所谓的市场层面，被调查产品的正常价值无法被准确衡量和计算，因此，美国《反倾销法》规定的“替代价值”计算方法

---

[1] 王世春：《论公平贸易》，商务印书馆 2006 年版，第 236 页。

[2] 邓德雄：《国外对华反补贴研究——政策转变、影响及对策》，中国商务出版社 2010 年版，第 58 页。

[3] 王世春：《论公平贸易》，商务印书馆 2006 年版，第 236 ~ 238 页。

[4] 林惠玲：“美国反补贴法中的专向性标准及其适用问题”，载《世界贸易组织动态与研究》第 17 卷第 1 期（2010 年 1 月），第 41 页。

不仅考虑了倾销的因素，也同时兼顾了补贴的成份。在认定中国不是一个"市场经济体"时，美国商务部同时采用两种手段进行救济的效果必然是重复的，但由应诉方进行具体环节的举证较为困难。

WTO 法律没有明文规定对成员产品不能同时实施"两反"措施。反之，《关贸总协定》第 6 条第 5 款[1]的措辞暗示成员可以对进口产品同时实施"两反"措施。该条款是 WTO 协定中唯一涉及同时适用"两反"可能性的条款，[2]但前提是在市场经济层面同时发起双反调查存在双重救济的风险较低。在 GATT 和 WTO 规则层面，明确禁止针对出口补贴进行双重计算，即如果出口补贴是产生倾销幅度的一个原因，在倾销调查中被考虑并纠正后，针对同一种情况在补贴调查中不应被再次计算，应当剔除[3]。中美争议主要集中在国内补贴是否通过利益传导降低了被调查产品的出口价格及其程度，以及调查机关是否考虑到存在该情况并进行准确捕捉后进行必要的计算调整。[4]美方认为可以有效剥离出影响出口价格的国内补贴要素，在反倾销调查中进行相应地计算，同时对余下的补贴要素在反补贴调查中进行衡量。中方认为从法律逻辑上分析，替代价值的方法已在反倾销调查中一揽子涵盖了国内补贴的因素，无法有效剔除，从而在同时发起的反补贴调查中被重复计算了。

（二）世贸组织上诉机构对中国诉美国的四起双反案的裁决

2011 年春季，世界贸易组织争端解决机制正式通过了中国诉美国非公路轮胎双反案、薄壁矩形钢管双反案、复合编织袋双反案、标准钢管双反案经上诉机构修改的专家组报告（DS379）。[5]长期以来，中美之间针对一些重要

---

[1] 《关贸总协定》第 6 条第 5 款的英文原文如下：

No product of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be subject to both anti – dumping and countervailing duties to compensate for the same situation of dumping or export subsidization.

[2] 莫世健："同时适用'两反'的合法性和重复计算的违法性辨析（上）"，载《法学杂志》2011 年第 6 期，第 31 页。

[3] GATT 1994 VI：5.

[4] 郭策："当前贸易摩擦的热点——反补贴及其在 WTO 的诉讼"，详见 http://gpj. mofcom. gov. cn/aarticle/d/da/201111/20111107807863. html.

[5] 参见 United States – Definitive Anti – dumping and Countervailing Duties on Certain Products Federal Registerom China，（《美国对中国输美某些产品征收反倾销及反补贴关税》）WT/DS379/AB/R. 11 March 2011，（WT/DS379/AB/R）.

的贸易救济法律认定问题存在的争议得到解决，中方获得上诉机构支持的诉点主要为两项：其一为非市场经济使用替代国的方法征收反倾销税，同时征收反补贴税，对于相同补贴被计算了两次，这样的重复救济不符合 WTO《补贴和反补贴措施协定》第 19.3 条的规定。当然，上诉机构也认为，对非市场经济国家进行“双反”，“可能”存在的双重计算不必然会导致双重救济的结果，前提是调查机关考虑到此类因素进行必要的计算调整；[1] 其二为只有行使政府职权的机构才是公共机构。这种解释无疑是首次以这种明确的内涵澄清该规则，并且较以往的争端解决机制的报告是一种突破，仅仅凭政府对某机构在所有权方面的控制并不能认定为公共机构，从而判定美国对中国国有企业认定为公共机构的做法违反 WTO 规则。同时，最为重要的一点是：避免双重计算的举证责任转为由调查机关承担。

上诉机构的裁决与先前 CIT 就双重救济问题做出的判决一致。在《GPX 国际轮胎公司和河北兴茂轮胎有限公司等诉美国政府案》（简称 GPX 案）中，CIT 裁决认为美国商务部对中国适用《反补贴法》（同时，又采用非市场经济国家方法计算并征收反倾销税），未采取任何方法避免潜在的双重计算税率问题，DOC 有义务加以解决。[2] 故 CIT 把本案发回 DOC 重新做出裁决。随后，DOC 和国内申请方都上诉到 CAFC，挑战 CIT 上述判决，上诉法院目前正在审理。该法院针对 GPX 案上诉裁决公布前，世贸组织 379 案就双重救济做出的裁定在美国内执行受到相对影响。

（三）美国目前对华反补贴调查中存在的争议性做法

1. 关于公共机构认定问题。WTO 上诉机构在 DS379 案中就公共机构问题做出裁决后，美国商务部就正在进行的对华厨房置物架反补贴复审案、钢制轮毂反补贴原审案要求应诉方提供大量原材料供应商与党组织、人民代表大会和政协关系的信息。此外，为了进一步分析股权以外的其他要素，DOC 可能会要求提交各类企业和银行更多的信息。大量收集有关中国特有制度的信息，中国应诉企业普遍质疑这是锁定国有甚至私营企业构成所谓公共机构的

---

〔1〕 参见 United States – Definitive Anti – dumping and Countervailing Duties on Certain Products Federal Registerom China，《美国对中国输美某些产品征收反倾销及反补贴关税》WT/DS379/AB/R. 11 March 2011, Para. 582 ~583.

〔2〕 见《GPX 国际轮胎和河北兴茂轮胎有限公司等诉美国政府》，645 F. Supp. 2d 1231（美国际贸易法院 2009）。

证据的主要方法，将增大中方的应诉负担。

2. 关于外部基准的适用问题。在美对华反补贴调查中，DOC 对政府提供生产要素、优惠贷款和土地使用权等多个项目中均采用外部基准计算补贴率，这些项目补贴率在应诉企业终裁补贴税率中往往占较大比重。在 DS379 案及 WTO 加拿大诉美国软木案中，上诉机构虽未禁止使用外部基准，但也为使用外部基准设定了严格的条件。应该指出，如果没有外部基准的适用，调查机关将较难推导并计算出反补贴税率。美国的反补贴法强调比较基准的“商业性”和“市场性”，一旦认定受调查国境内不存在或无法获得“可比的商业贷款”或“市场决定的”商品或服务价格，那么，相应政府补贴利益的计算一般采用受调查国以外的价格（如实际进口价、国际市场价等）作为比较基准，即外部基准，或称替代基准。中国企业在反倾销调查中作为 NME 对待，被选用“替代国”计算公平价值，在反补贴调查中被规定“外部基准”衡量补贴利益，确有遭遇双重不公正待遇之嫌。

3. 关于平均税率与全国统一税率的计算问题。DOC 在反倾销和反补贴调查中抽选的强制应诉企业数量十分有限，主要根据应诉企业的出口量排序而定，一旦有公司不应诉或获得惩罚性税率，则难以采用通常做法计算平均税率，导致目前案件中平均税率计算方法较为复杂的局面。在近期多起对华反倾销、反补贴调查中，DOC 在计算平均税率时多次使用了惩罚性税率。专家和学者认为，虽然美国国内法并未禁止 DOC 在计算平均税率时使用惩罚性税率，但调查机关仍有义务计算一个“合理的税率”，且世贸组织《反倾销协定》明确规定零税率、微量税率和惩罚性税率不得用于计算平均税率。美国商务部目前的计算方法存在一定的随意性，而且存在违反世贸组织有关规则之嫌。

四、中国应对国外的反补贴调查以及为维护产业安全发起的反补贴调查

（一）中国开展的应对工作

入世以来（截至 2011 年 10 月），中国遭受国外贸易救济调查案件共 747 起，涉案金额 429 亿美元，我国连续 16 年成为全球遭遇反倾销调查最多的国家，连续 5 年成为全球遭遇反补贴调查最多的国家。目前，中国成为国际贸易保护主义的最大受害者和首要目标国。妥善应对贸易摩擦对于稳定良好的国际贸易环境，维护我国发展战略机遇期具有重要意义。中国不断完善内部工作机制，建立了以商务部、地方商务主管部门、商业协会和有关企业为主

体的“四体联动”工作机制，纵向联动、横向配合、高效运转的工作局面初步形成。[1] 在此机制下，中国政府和企业开展了大量应对国外反补贴调查的工作，这期间主要表现为许多大要案的应对，如涉案金额高达32亿美元的美国对华油井管双反案等。

（二）中国发起的贸易救济调查

贸易救济调查是维护产业安全和社会稳定、促进产业结构调整的重要措施。入世10年来，中国逐步建立和完善了以《对外贸易法》为基础，以《反倾销条例》、《反补贴条例》和《保障措施条例》为核心，涵盖26项部门规章和2部最高法院司法解释的中国贸易救济法律法规体系；中国累计发起贸易救济调查案件62起，涉及化工、轻工、钢铁、造纸、电子、纺织、机械、医药、汽车、农产品等十大产业的六十余类产品，涉案企业两百多家，分布在全国27个省区市。[2] 10年来，贸易救济调查工作取得了长足进步：一是救济措施不断丰富。入世之前，贸易救济调查仅限于反倾销，较为单一，2002年对部分钢铁产品发起保障措施调查，2009年分别对原产于美国的取向电工钢、白羽肉鸡、小轿车及越野车发起反倾销反补贴调查，丰富和完善了贸易救济调查实践，成为少数能开展反倾销、反补贴和保障措施三种调查的世贸成员，根据国内产业的申请，中国已发起4宗针对国外进口产品的反补贴调查。二是救济范围不断扩大。过去多集中在钢铁、化工等行业，近年来逐步拓宽到农产品、高科技产品、医药产品等更大范围，2010年对欧盟马铃薯淀粉的反倾销反补贴调查，惠及十省区、近六千万薯农。三是救济效果不断彰显。采取贸易救济措施后，多数受损企业效益好转，部分国内产业成长为全球行业领先地位，一些幼稚产业赢得成长时间和空间，促进了产业结构调整升级和高新技术产业、高端制造业的引进。[3]

（三）中国参与的多双边规则谈判

多哈回合规则谈判和自由贸易区协定项下的贸易救济条款谈判，对我国的长远经贸利益影响重大，是公平贸易工作的重要内容。多哈回合规则谈判

---

〔1〕 王世春：《论公平贸易》，商务印书馆2006年版，第277～278页。

〔2〕 详见 http://gpj.mofcom.gov.cn/column/dc.shtml，中国商务部WTO十周年系列访谈。

〔3〕 中国商务年鉴编辑委员会：《中国商务年鉴2011》总第38期，中国商务出版社2011年版，第352页。

的重点是澄清和改进《反倾销协定》、《补贴与反补贴措施协定》。中国坚持以“澄清和改进规则、加严纪律、防止滥用、反映各方利益”为立场，以“抑制贸易保护主义，争取公平国际贸易环境”为目标，全程、深入参与谈判。通过不懈努力，中国主要取得以下进展：一是坚定维护了国家和企业利益，争取了有利的规则环境，有力阻击了少数发达成员对华制造新“不利条款”的企图。二是提升了参与制定规则的能力，中国已从被动接受国际贸易规则转变为对规则的制订和修改产生实质影响的核心成员。三是培养和锻炼了专业团队，能更有针对性的制定谈判策略，灵活运用规则。同时，中方积极配合自贸区谈判进程，完成了与10个国家和地区自贸区协定项下贸易救济条款的谈判，正稳步推进与其他5个国家和地区的相关谈判。[1]

[1] 详见中国商务部进出口公平贸易局网站，http://gpj.mofcom.gov.cn/.

美国《海外账户税收遵循法》及其影响

杨振东*

出于防止利用离岸账户逃税的目的，2010年3月18日，美国总统签署了《雇佣激励以恢复就业法案》(the Hiring Incentives to Restore Employment Act, HIRE-Act)[1]，并使之成为正式的法律。最初，“海外账户税收遵循法”的法案是由阿兰·莫洛汉（Alan Mollohan）等4名国会议员在2009年提出的，当时美国当局正在打击瑞士银行（UBS）美国客户的避税行为。其中，该法第5章第1节及其相关条款主要规定了海外账户个人所得税的纳税调整问题，即实行一项新的预扣税征管制度，故又称之为《海外账户税收遵循法》(Foreign Account Tax Compliance Act, FATCA，以下简称《海外账户纳税法案》)，要求所有全球性金融企业向美国国税局（IRS）

---

* 作者为中国政法大学2008级国际法专业博士研究生，现任职于上海浦东发展银行北京分行。

〔1〕 有学者将其译为“雇佣诱因法案”。参见罗伊：“金融机构强烈反对美国FATCA新法案”，http://fx. caixun. com/content/20110615/NE02n-mgt. html.

报告账户资产超过5万美元的美籍客户的详细个人信息。《海外账户纳税法案》将于2014年1月1日起正式生效，届时将适用于大多数类型的交易，一年以后则将适用于其他交易。《海外账户纳税法案》的实施，将在一定程度上让商业银行或资产管理公司（而不仅仅是个人）承担起申报此类信息的责任。

与20世纪70年代生效的《外国账户申报法案》（Foreign Bank & Financial Account Report Act，FBARA）相比较，《海外账户纳税法案》扩大了个人预提所得税的税基，并在征管方式上突出强调代扣代缴义务人应尽的法律义务。根据《海外账户纳税法案》，全球金融机构将在某种程度上接受美国国税局（IRS）扩大后的监管，而其他国家的税收体制均无类似的规定。这项法律向全球金融机构和投资实体给出了两种选择，即要么收集账户金额在5万美元以上的美国客户信息并将其移交给美国国税局，要么代扣30%的利息、股息和投资收益并将其转给该署。

新的预提税税制将对金融机构、投资实体和许多其他跨国机构有着广泛影响。实际上，《海外账户纳税法案》刚刚颁布，就立即激发外国当局及其跨国金融企业的猛烈抨击，被指责为帝国主义行径和破坏"全球金融体系的中子弹"。[1] 加拿大银行业协会主席特里·坎贝尔（Terry Campbell）指出，新法实质上就像"将世界各地的金融机构征召为美国税收当局的分支机构"。[2] 澳大利亚、加拿大、德国、香港和新加坡等地的一些金融官员对于该法表示强烈愤慨，一些跨国银行如汇丰表示届时将会终止在美国的个人金融业务。在国内，中国银行业协会曾于2011年8月组织专门的研讨会，密切关注FATCA对我国银行业的影响。其中，中国工商银行、中国农业银行、中国银行、中国建设银行、交通银行、招商银行、汇丰银行、法国兴业银行、渣打银行、三菱东京日联银行等10家会员银行代表及法律工作委员会办公室人员参加了该研讨会议。[3]

一、海外账户纳税法案的主要内容

如前所述，FATCA法案亦即《雇佣激励以恢复就业法》的第5章第1节，

---

〔1〕"美国《海外账户税收遵循法》被指有帝国主义倾向"，http：//finance. sina. com. cn/stock/usstock/c/20110820/002810348371. shtml.

〔2〕吉莲·邰蒂，"美国应慎对海外账户征税"，http：//www. ftchinese. com/story/001039280/ce.

〔3〕"中国银行业协会召开FATCA对银行业影响专题研讨会"，http：//www. china - cba. net/bencandy. php？fid = 88&id = 8026.

具体包括501～541共13个条款，直接体现在对1986年美国税法修订后产生的第4章第1471～1474条款（comprising sections 1471 through 1474 of the Internal Revenue Code）。此外，美国国税局还配合该法案的实施，先后发布了两个纳税指引，即Notice 2010－60和Notice 2011－34，分别列出了实施法案的具体步骤及时间表。

（一）几个基本概念

1. 外国金融机构（Foreign Financial Institutions，FFIs），是指除了根据美国法律成立以外的所有外国实体，包括银行、保险公司、对冲基金、私募股权基金和其他集体投资工具等。

2. 过手付款（passthru payments）。[1] 过手付款，包括直接的预提税所得以及其它任何可以归集为预提税所得的支付款项（any withholdable payment or other payment to the extent attributable to a withholdable payment）。关于过手付款，有几个问题值得引起重视：一是托管性支付款项（the custodial payment）要根据其是否与来源于美国资产有关来计算过手付款百分比（passthru payment percentage，PPP）；二是其它类型的过手付款涵盖了金融衍生产品、结构性金融产品、掉期、利息支付等，涉及面很广；三是即便不是美国国籍的客户，如果不能按照国税局的要求提供全面信息，或者因拒绝放弃隐私权限制条款而不能依法享受免于提供信息的权利的话，其利息收入也有可能作为预提税的纳税所得；四是对“过手”的概念应采取广义理解，不限于第一手或者第二手等，以此类推。

3. 预提所得税款（withholdable payments）。预提所得税款的外延扩大，主要是指来自美国的固定或可确定的年度或定期收入（FDAP），以及出售或以其他方式处置资产而产生的源自美国的利息或股息的总收入，包括但不限于：利息收入、股息红利、租金收入、工薪收入、溢价款、年金收入、赔偿、酬金、期权性收入等。[2]

4. 预提所得税代理机构（withholding agent）。该代理机构指有行为能力并能够控制、托收、保管、发送及支付预提所得税款的任何人（in whatever

〔1〕 有人将其译为“直通付款”。参见毕马威中国（KMPG）：美国海外账户纳税法案系列——银行篇，FATCA—implications—for—banks—201108—c. pdf.

〔2〕 Pub. L. 111－147（H. R. 2847—33），SEC. 1473. DEFINITIONS.（1）A.

capacity acting, having the control, receipt, custody, disposal, or payment of any withholdable payment)。

（二）外国金融机构基于海外账户资金预扣个人所得税的义务骤然加大

根据该法，所涉及的外国金融机构具有申报义务（registration）、尽职调查义务（due diligence）、报告义务和代收代缴履行预扣税的义务。具体来说，有以下几点：

1. 代理申报义务。美国国税局不迟于2013年开始接受外国金融机构的代缴预提所得税的电子申请。外国金融机构须与美国国税局达成协议（FFI Agreement），以便于国税局能够鉴别该外国金融机构是否参与了新的预提税计划。为有利于纳税申报，允许FFI可选择使用表格1099 - DIV（此表格规定收款人使用美国报税识别号码）进行申报，以代替FATCA规定的年度申报要求。

2. 尽职调查义务（Due Diligence）。所谓尽职调查义务，是指在美国经营的金融机构或者开设的分行，需要通过自身的业务信息系统识别出账户持有者是否为美国人，包括美国国籍、双重国籍以及持有绿卡的美国人；在此基础上需要进一步甄别该账户拥有者是否为"实质性美国账户持有人"（substantial US owner），并据此确定是否具有向美国国税局报告及提供收入文档的义务。履行尽职调查义务的标准，就是要求海外金融机构充分了解本公司的美国客户（know your US clients well），并通过银行账户识别出各种不同类型的美国公民。具体的尽职调查义务主要体现在以下几个方面：

（1）新开账户（new accounts）。根据《海外账户纳税法案》及其美国国税局发布的指引（notice），参与新的预提所得税计划的外国金融机构需要在本公司的开户流程中切实贯彻新的税收监管政策，在所有新开账户中甄别出来美国账户（U.S. accounts），并以此履行与美国国税局签订的FFI Agreement项下的预扣税义务。

（2）既有存量账户（pre - existing accounts）。包括：50万美元以下的私人银行账户（private banking accounts Less than MYM500 000）；50万美元以上（含）的现有私人银行存量账户（certain pre - existing private banking accounts—equal to or greater than MYM500 000）；以及其它存量账户项下的尽职调查义务（due diligence for all other pre - existing accounts）。美国国税局颁布的2011 - 34纳税指引，特别强调了海外金融机构对于金额在50万美元以上既有存量账户

持有人的尽职调查义务。

3. 报告义务。外国金融机构必须定期（月度、年度）向美国国税局报告如下资料：开立账户情况（new accounts），以文档形式保存的账户资料（documented U. S. accounts），个人银行类账户（private banking accounts）；以及基于后2013年时代的报告义务（reporting with respect to post-2013 years）。[1]

4. 关于扣缴预提所得税的义务。

（1）海外银行和其他金融机构必须与美国国税局达成协议并识别美国账户。如果FFI没有就客户身份识别问题与美国国税局签订协议并每年直接向国税局披露其美国账户持有人，FFI所经手支付的任何可预扣款将须按照30%的税率缴纳预扣税。

（2）非金融外国实体（NFFE）将必须披露其自身是否掌握美国籍所有人持有超过10%权益的信息。[2] 如果非金融外国实体（Non-Financial Foreign Entities，NFFE）不能证明其并没有实质性的美国拥有人，或没有向其前手付款方披露那些美国拥有人的身份（前手付款方应继而向国税局披露那些美国拥有人的身份），NFFE所经手支付的任何可预扣款将须以30%的税率缴纳预扣税。

（3）"有影响的咨询顾问企业"必须披露其协助购买海外资产客户的名单以及购买的资产。[3]

二、《海外账户纳税法案》的影响

1. FATCA法案若干规定与各国政府相关法令产生冲突。

（1）对于欧盟、亚太地区如德国、日本、新加坡等国来说，《海外账户纳税法案》与此类国家或地区个人隐私保护法律的规定有冲突，并因此造成长期存在的金融隐私权和税收公益之间的矛盾进一步加剧。例如，根据日本2005年颁布的《个人信息保护法》，经济与财产状况、身份信息等均属于受法律保护的个人信息，违反此法将承担相应的法律责任。该法第23条规定，

---

〔1〕 Pub. L. 111-147 (H. R. 2847—27), "SEC. 1471. WITHHOLDABLE PAYMENTS TO FOREIGN FINANCIAL INSTITUTIONS. (a) (b).

〔2〕 Pub. L. 111-147 (H. R. 2847—32)," SEC. 1472. WITHHOLDABLE PAYMENTS TO OTHER FOREIGN ENTITIES. (a) (b) (c) (d).

〔3〕 崔晓静："金融危机后国际避税地法律监管的新发展"，载《税务研究》2011年第5期，第93页。

未经本人同意，不得向第三人提供。[1] 另外，像欧盟等具有先进理念的金融隐私权的国家，以立法的形式赋予公民数据控制权、接近权与救济权。所有这些法规规定，都与 FATCA 有一定的矛盾和冲突。[2]

（2）外国金融机构即使与美国国税局之间签订 FFI Agreement，但如果其私人银行客户中未确定是否为美国籍账户的数量太多时，该外国金融机构若依 FATCA 规定，需要关闭该客户的银行账户；而美国财政部及国税局可片面终止 FFI Agreement。如果此种情况大量出现，则将引发一系列的国内与国际诉讼。

（3）对于未能签订 FFI Agreement 的外国金融机构，或未能甄别出是否为美国籍账户的客户，若有包括股息、利息及证券交易所得等，在给付所得时就应扣缴 30% 的预提税额。但美国国税局颁布的 2011 – 34 纳税指南规定，依据《海外账户纳税法案》所提及的预提税应纳税所得，并非按“所得额”计算，而是按“交易额”计算，这与各国现行税法按所得额计算税额的口径大不相同。因此《海外账户纳税法案》的实施会引发一系列的问题，比如金融机构是否能为“扣缴义务人”、有无原始法律依据以及能否代为扣缴等。[3]

2. 加重了外国金融机构的守法成本。《海外账户纳税法案》不仅会对投资银行产生影响，而且会波及整个金融行业，如财富管理、零售银行、基金管理等。根据一些国际性活跃银行的相关估计，为遵守美国的《海外账户纳税法案》，需要改进相关的银行账户开户业务流程，并升级自身的计算机信息管理系统，仅此他们的成本已经在持续大幅增加，其中查询美国市民记录并进行报告的任务将导致 10 亿美元的成本，未来潜在的成本更是无法准确预计。英国一家金融咨询机构 Crossbridge 提出，对于一家投资银行来说，遵守《海外账户纳税法案》的成本可能高达 3000 万至 5000 万英镑，相当于其管理

---

〔1〕 谢青：“日本的个人信息保护法制及启示”，载《政治与法律》2006 年第 06 期。

〔2〕 姜承秀：“论金融消费者隐私权的保护”，载《江西财经大学学报》2010 年第 2 期，第 107 页。

〔3〕 张国仁：“FATCA 风暴业界吁金管会正视”，载台湾地区《工商时报》2011 年 9 月 3 日，http://gb.chinatimes.com/gate/gb/money.chinatimes.com/news/news-content.aspx?id=20110903000076&cid=1209.

客户现金资产成本的5倍。[1]

鉴于遵守《海外账户纳税法案》高昂的成本，海外金融机构的出路无非有以下几种：在客户选择方面，拒绝接受美国公民成为其客户；设立新的机构或者子公司，该机构的业务范围决不会触及美国资产，以绕开避开该法的监管；根据具体条件安排旗下一些公司停办一切美国国债业务；暂时退出美国市场。无论采取哪种方式，都会对美国经济金融产生不利影响，甚至有人认为，FATCA 本身就是反美国的。[2]

3. 对于利用信用卡避税的行为将产生抑制作用。根据美国国内税务局（IRS）的调查，信用卡可以作为隐藏个人收入的手段，在拿骚（Nassau）、巴哈马（Bahamas）、开曼群岛（the Cayman Islands）等避税天堂开立存款账户，但利用 American Express、Visa、MasterCard 等海外信用卡（offshore cards）进行取现或者消费，用于购买日用百货、汽车乃至缴纳孩子的学费，进而达到个人所得税逃税的目的。[3] 来自娱乐行业、公司业主、投资者等纳税义务人，通过离岸账户来隐藏费用、利润、分红及资本利得（capital gains）等应纳税所得。

在《海外账户纳税法案》、《禁止滥用避税天堂法案》（STHAA）等法律颁布之前，在防止借助离岸信用卡逃税的问题上，如何利用相关信息来甄别离岸信用卡持卡人的身份是关键的一步，而且这种甄别还必须十分准确。为达此目的，税务机关有时需要采取进一步的措施，比如到特约商户处去进行核实。允许使用离岸信用卡结账的特约商户主要包括：航空公司、宾馆饭店、汽车租赁公司、因特网服务提供商等。在向发卡机构获取离岸信用卡交易记录时，并不意味着发卡机构或者信用卡转接清算组织的行为存在不适当的地方。通过《海外账户纳税法案》的实施，税务机关将通过借助海外金融机构的力量，对美国公民包括信用卡账户在内的银行账户监管，准确核实离岸信用卡持卡人的应纳税所得，以按照税法的规定足额缴纳个人所得税，坚决制

---

〔1〕"FATCA Compliance Will Cost Banks 5 Times that of Client Money Compliance, Warns Crossbridge", http://www.a-teamgroup.com/article/fatca-compliance-will-cost-banks-5-times-that-of-client-money-compliance-warns-crossbridge/.

〔2〕*Jean-Jacques Rommes, Is FATCA anti-American?* ABBL, Luxembourg Banking Quarterly 2/2011.

〔3〕IRS, 1 *million-plus use offshore tax havens*, New York Times, Tuesday, March 26, 2002.

止逃税行为。

4. 对于美国个人所得税收征管机制的影响。《海外账户纳税法案》的实施，同样会对美国国税局的执法机制产生某些影响。首先，针对国际逃税、避税的稽查人员队伍的扩张是不可避免的。其次，会加大代扣代缴义务人的监管力度。最后，该法的实施，在客观上会要求美国国税局内部各部门之间加强协调、配合，以提高征管效率。

从个案征管稽查的角度看，美国国税部门查账补税的方式应该不会有实质性的重大变化。可以预见的是，IRS 国际稽查员将继续跟本机构内部其它不同的稽查团队合作，跨国避税个案问题将像过去那样以事实为依据进行具体研究、判断。变化之处应该是避税问题的识别、遴选和分析的方式。广泛关注并突出重点有助于促使国际稽查员、税务专家和税务代理机构进行富有活力的互动，创造一个专业知识和经验能够充分发挥协同作用的环境。

短期内，代扣代缴义务人很可能对《海外账户纳税法案》持观望或者无奈的态度。在接受税务审查的时候，他们更愿意关注当前面临的实际困难，提出中肯的合理化建议，并令人信服地表述其观点以说服税务稽查人员。税务稽查团队的工作职能仅有些细微调整，如果税务稽查计划的目标比较明确，会进一步提高稽查效率。[1] 然而，多数人认为这并非美国税收征管体制的最佳运作模式，它在一定程度上可能滋生不公平的因素，特别是对于非美国的国外金融机构而言。

综上所述，美国《海外账户纳税法案》是一种典型的法律霸权行为，损人但不见得真正利己。世界上不少主权国家、区域经济共同体以及大型跨国公司等都在认真研判和评估该项法律的不利影响。然而通过《海外账户纳税法案》的是美国国会，美国财政部及国税局只是执行机构，其本身没有权利对于此项法律做出改变。可以说，随着《海外账户纳税法案》实施日期的不断临近，各个国家与美国之间的角力不会停止，该项法律本身的影响也可能会出现一些意想不到的变化。

---

〔1〕 Donald T. Rocen，“美国国税局重组国际税务稽查项目”，http：//www.forbeschina.com/review/201008/0003346.shtml.

金融全球化背景下的人民币汇率问题探析

——以货币主权为视角

施静文*

一、绪论

2011年10月，美国参议院程序性地通过了《2011年货币汇率监督改革法案》，这一法案的通过使得由来已久的人民币汇率之争进一步升级。尽管深知人民币升值不能解决中美贸易失衡问题，美国仍然通过多种措施对人民币汇率问题进行施压。此外，美国利用其在国际货币体系内的重要地位将人民币汇率之争纳入IMF多边框架之中。毋庸置疑，隐藏在美国发起的汇率战背后的是美国全面遏制中国崛起，维护美国霸权的战略目标。如果不积极应对，人民币短期大幅升值势必引发一系列的问题，很可能全面影响我国经济发展，引发社会动荡。“广场协议”的教训警示我国必须谨慎对待人民币汇率问题，全面应对美国对人民币汇率问题采取的一系列行动。

在金融全球化背景下，发展中国家的货币主权受到

* 作者系中国政法大学国际法学院硕士研究生。

的削弱尤为明显。发达国家作为金融强国掌握了国际货币体系的话语权，致使发展中国家无法平等参与国际金融规则的制定，这种局面更使得发展中国家难以独立平等地行使本国的货币主权。金融全球化背景下的人民币汇率之争实质上是货币主权之争。因此，应对人民币汇率问题的国际压力之关键在于在坚持货币主权、保证国内经济发展的基础上做好防御工作，逐步进行人民币汇率形成机制的改革并积极转变经济发展方式；同时只有在国际社会加强国际合作，与美国形成制约之势，并积极团结发展中国家努力构建国际货币新秩序，才能从根本上缓解人民币升值带来的冲击，应对来自国际社会各方面的压力，保证我国经济社会的稳定发展，摆脱美国金融霸权的控制。

二、金融全球化对一国货币主权的影响

（一）金融全球化给发展中国家主权带来巨大挑战

首先，金融全球化已经成为经济全球化在当代的主要表现。正如美国学者尼古拉斯·克里斯托夫（Christopher Nicholas）和爱德华·怀亚（Edward Wyatt）所说“在全球经济中占主导地位的不再是汽车、钢铁和小麦的贸易，而是股票、债券和货币的交易。”即西方金融资本利用其资本和技术优势，进行资本的国际扩张，获取全球利润对全球资本进行再分配。[1]

其次，金融全球化的实质是西方发达国家提出的金融自由化，符合少数金融强国的利益，但是它会给广大发展中国家带来消极影响。发展中国家金融体系不健全，金融监管能力弱，过早过快开放本国资本市场将使得其经济主权受到国际投机资本的更多制约和冲击。

因此，在金融全球化的背景下，发展中国家既要看到金融全球化带来的机遇，也不能忽视金融全球化带来的挑战。发展中国家不应当一味强调遵循国际金融规则，尤其是那些由个别发达国家主导制定的不利于发展中国家的金融规则。[2]发展中国家在遵循任何金融规则、面对任何国际社会的要求时都应当审视规则与要求本身的合理性及其将对本国产生的潜在影响，以便自主独立地行使本国的经济主权，维护本国的国家利益。

---

〔1〕 陈安国：《全球化进程中的国家主权》，中国矿业大学出版社 2002 年版，第 145 页。

〔2〕 外交部指中国会遵守有份参与讨论的国际规则 http://www.metroradio.com.hk/MetroFinance/News/NewsLive.aspx? NewsID = 6c7ad954 - 60d8 - 4b3b - a25b - 6b61608f823a.

（二）国际货币体系内的国家货币主权

货币主权作为国家经济主权的重要组成部分，是每个国家在其国内发行和管理本国货币的最高权力，以及在国际上独立执行其对外货币政策，平等参与处理国际货币金融事务的权利。[1] 作为金融全球化产物之一的国际货币体系也不可避免地会对一国的货币主权产生一定的影响。

1. 现行国际货币体系对国家货币主权独立性的影响。货币主权应当是独立的。在现行国际货币体系内，一国的汇率政策要符合《基金协定》并接受IMF的监督，这种监督就是对一国货币主权的一种限制。根据《基金协定》第4条第1款的规定，真正使成员国汇率政策受到限制的是第三项义务，即避免操纵汇率或国际货币体系来妨碍国际收支的有效调整或取得对其他成员国不公平的竞争优势。据此，成员国在行使货币主权时不得操纵汇率，除此之外成员国可以根据本国国情出发，独立制定本国的汇率政策，这正是一国货币主权独立性的体现。

2. 现行国际货币体系对货币主权平等性的侵蚀尤为明显。平等地参与处理国际货币金融事务的权利是货币主权的应有之义。然而事实是，金融全球化的间接结果却是增强了金融强国的货币主权，增强了国际组织的权力却相对弱化了发展中国家的货币主权，这种情况已经在基金协定及世贸组织的金融服务协议中有所体现。[2] 现行国际货币体系内，IMF采取的加权表决制使得发达国家主导了国际货币规则的制定。国际货币金融规则本身并未体现发展中国家的意志，发展中国家却不得不被迫接受对其不利的规则，这些都进一步侵蚀着本应当平等的发展中国家的货币主权。

3. 人民币汇率问题本质探析。人民币汇率问题的本质是货币主权之争，即中国有权在何种限度内行使其货币主权，以做出符合本国利益的汇率安排。具体而言，人民币汇率在货币主权方面的争议涉及如下问题：中国汇率政策是否违背了国际货币体系下中国承担的国际法义务？美国对货币根本性失调国拟采取的单边法律行动是否有国际法依据？是否构成了对一国货币主权的干涉？现有的国际货币体系对货币主权特别是汇率义务方面的安排是否公平合理？

---

[1] 万国华、蔺伟：《国际金融法学》，中国民主法制出版社2004年版，第149页。

[2] 杨松：《国际法与国际货币新秩序研究》，北京大学出版社2002年版，第77页。

诚然，在金融全球化的背景下，一国的货币主权受到越来越多因素的制约，但是不论任何时候一国的货币主权的行使都应当在不违背国际法义务的前提下，基于本国国家利益独立行使，而不应受到他国的干涉。因此，针对国际社会对人民币汇率提出的各种要求，我国应当审慎应对，在坚持货币主权的基础之上维护我国的国家利益。

三、中美双边层面上的人民币汇率争议评析

（一）美国对人民币汇率问题采取的法律行动概述

人民币汇率问题最早于2000年由日本中央银行的理事松本提出。之后，美国取代日本频频要求人民币升值。国内法层面上，2003年9月，美国参议院议员查尔斯·舒默（Charles Schumer）提出了针对人民币的第一个法案。从此以后，美国国会参众两院的议员提出了多达几十项有关人民币汇率的法案。金融危机后，美国国内要求人民币升值的呼声更加高涨。2011年10月，美国参议院又程序性通过了《2011年货币汇率监督改革法案》，人民币汇率之争进一步升级。

（二）美国对人民币汇率问题采取法律行动之共性分析

从2003年到2011年美国议员提出的法案来看，美国为实现人民币升值目的所试图采取的法律行动有着如下共同点：

1. 国内部门认定货币操纵国（或偏差国）并采取相应的法律行动。从美国议员近年提出的种种有关人民币汇率的法案来看，议员均要求国内有关部门（一般是财政部）根据定期调查认定存在货币操纵或者货币偏差的国家，采取相应的法律行动并向国会报告。问题是，美国是否有权单方认定货币操纵国或是货币偏差国并采取单边的行动？

《国际货币基金协定》第4条第3款（a）项赋予了国际货币基金组织（IMF）监督成员国履行第4条第1款所规定的汇率义务的权力，根据该条规定："IMF应监督国际货币制度，以保证其有效实行，应监督成员国是否遵守本条第1款规定的义务。"第4条第3款（b）还就IMF对成员国汇率政策的监督作了规定："为了履行上述（a）项规定的职能，IMF应对各成员国的汇率政策行使严密的监督，并应制定具体原则，以在汇率政策上指导所有成员国。各成员国应该向IMF提供为进行这种监督所必要的资料，在IMF提出要求时，应就成员国的汇率政策问题同IMF进行磋商……"。由此可见，有权对成员国汇率政策进行监督的机构为IMF。此外，根据《国际货币基金协定》

的规定，违反了协定义务构成操纵的行为被 IMF 所禁止，汇率操纵国将要在《国际货币基金协定》内承担相应的国家责任，如限制乃至丧失取得普通提款权，中止投票权的行使乃至强制退出基金组织。由此可见，IMF 没有赋予一成员国对另一成员国汇率政策进行监督和制裁的权力，因此美国有关部门（主要是财政部）根据调查单方认定存在货币操纵或者货币偏差的国家并采取的单边行动是对一国货币主权的干涉行为，是没有国际法依据的。

2. 将汇率政策视为贸易措施加以制裁。美国议员所提出的法案大多认为汇率低估构成了政府对出口企业的的财政补贴，美国当局应当对来自货币操纵国或货币偏差国的产品征收反补贴税，以迫使货币操纵国或货币偏差国纠正货币偏差。这种单边行动是法案提出的众多单边行动中对我国经济影响最大的。目前我国经济对外贸易依存度已经高达 60%，美国根据本国有关当局计算出的货币低估值并对我国出口产品征收反补贴税将会给我国外贸企业带来极大的冲击。对于法案这一特点，国内学者大多认为人民币汇率不具备《补贴与反补贴协议》（SCM 协议）所规定的补贴的构成要件，因此，倘若美国试图在 WTO 框架内采用反补贴措施解决人民币汇率问题，是不易得到 WTO 支持的。此外，美国商务部也不倾向于将货币偏差认定为政府补贴，这一点可以从美国商务部拒绝就国内制造商提出的有关中国输美铝型材和铜版纸的两项反补贴申请中指控人民币汇率政策构成补贴作出认定的立场中看出来。

（三）美国采取法律行动的变化分析

1. 从货币操纵到货币偏差的措辞变化。

（1）变化目的分析。2007 年以前美国议员提出的法案频频出现“currency manipulation”（货币操纵）一词并对其进行了明确的定义。而在 2007 年之后的法案纷纷删除了操纵的主观要素，频频出现“misalignment”（偏差、失调）一词。只要一国的货币存在根本性失调，美国就可能对之采取行动。2011 年 10 月 12 日通过的《2011 年货币汇率监督与改革法案》更是充分体现了这一变化，该法案详细界定了根本性偏差货币并制定了一系列应对措施。事实上，美国议员在法案中做出的此种变动旨在使得美国得以在人民币仅仅存在汇率失调而不存在被操纵的条件下对中国采取单边措施。

根据《1988 年综合贸易与竞争法》的要求，美国财政部有义务确定其他国家是否“操纵该国与美国的汇率以阻碍美国收支平衡的有效调节或者获取该国在国际贸易中的不公平竞争优势”。1994 年之前，美国财政部曾经将中国

台湾地区、韩国、中国列为货币操纵国并采取了相应的行动。而自从 1994 年之后，美国财政部未能依据《1988 年综合贸易与竞争法》的要求将一些国家认定为汇率操纵国。在更多情况下美国财政部得以认定一些国家的货币存在着贬值的情形，却无法认定这种贬值是为了阻碍国际收支平衡的有效调节，或是为了获得对美国的不公平竞争优势。正是因为主观目的要素的难以证实，美国议员提出的关于人民币法案的措辞由货币操纵改为货币偏差。

（2）变化的实质是超越国际法规范干涉他国货币主权。正如前文所述，IMF 所禁止的汇率政策是汇率操纵行为而非汇率失调现象。根据 2007 年 IMF 执行董事会通过的《对成员国汇率政策监督的决定》的规定，构成汇率操纵行需要两个要件。首先，“操纵”行为是指影响汇率水平并且实际影响了汇率水平的政策。其次，此种政策主观上“旨在妨碍国际收支的有效调节和取得对他国的不公平竞争”。根据这一规定，人民币汇率并不存在被操纵的情形，美国财政部及 IMF 均未认定人民币汇率被操纵。美国议员所提出的“货币偏差”与 IMF 协定的“汇率操纵”的界定有着本质上的不同。在中国不存在汇率操纵行为的情况下，美国的上述做法完全是干涉他国货币主权的行为。

2. 《2011 年货币汇率监督与改革法案》拟采取的法律行动综述。《2011 年货币汇率监督与改革法案》是 2007 年参议院通过的《Schumer - Graham 议案》和 2010 年众议院通过的《汇率改革促进公平贸易法案》合并的结果，该法案是美国议员提出的法案中采取法律行动最全面细致、最具代表性的。该法案将拟采取措施的货币失调国家分为货币根本性失调国与需要采取优先行动的货币根本失调国，并针对这些国家综合采用单边双边多边行动进行施压。

首先，单边层面上美国可能依据不同条件货币失调国采取如下措施：①贸易救济措施，包括对来自货币失调国的产品提起反补贴调查以及在计算倾销幅度时按照美国认为的货币真实价值计算进口产品的进口价格从而提高倾销幅度以便纠正币值低估带来的倾销幅度计算的偏差。②政府采购措施，即禁止美国政府采购来自货币失调国的产品。③投资保证措施，即禁止 OPIC（海外私人投资公司）为货币失调国的对外投资提供保险或保证。④要求在国际金融机构的美国执行董事反对对货币失调国或者位于货币失调国的项目提供融资；要求在国际金融机构的美国执行董事在对于可能使得货币失调国受益的机构治理安排变更投反对票，这种受益包括但不限于使得货币失调国在该机构中的投票权或代表权的增加。⑤对于长时间仍未纠正货币失调的国家，

美联储将会实施救济性的外汇市场干预，以便纠正有关国家的货币失调。

其次，在双边层面上，法案要求美国财政部在认定货币失调国后与有关国家磋商，要求该国纠正货币失调现象，倘若有关国家未采取措施，则会启动单边或多边措施向有关国家施压。

最后，在多边层面上，美国则是寻求在 WTO 或 IMF 框架内解决有关国家的货币失调的问题。

从法案拟采取的法律行动来看，如果该法案最终通过，必将给我国带来极为消极的影响。作为美国拟对人民币汇率施压的法律行动的代表，《2011 年货币汇率监督与改革法案》充分体现了汇率战背后的本质是，美国利用其在国际经济秩序中的强大地位寻求在多个层面干涉或是影响我国货币主权的独立行使，以便达到遏制中国崛起的目的。

四、《对成员国政策的双边监督决定》引发的多边层面的人民币汇率之争

自 2007 年下半年以来，国际社会对人民币汇率问题的关注再次升温，要求人民币快速升值的国际压力明显加大。在美国的强力推动下，2007 年 6 月 15 日国际货币基金组织（IMF）执行董事会通过了《对成员国政策的双边监督决定》（Decision on Bilateral Surveillance over Members' Policies，以下简称新《决定》），标志着人民币汇率争端由双边谈判转入到以 IMF 为代表的国际货币体系法律框架之下。[1] 总的来说，这一新《决定》具有如下特征：

（一）“外部稳定”成为监督一国汇率政策的最为重要的组织原则

1. “外部稳定”的引入带来的影响。首先，外部稳定成为监督一国汇率政策的最为重要的组织原则。“外部稳定”的引入使得 IMF 双边监督的关注的重点从复杂的汇率政策简化为一国的汇率政策是否有助于实现外部稳定。如新《决定》多次提到，“成员国应当避免采用导致外部不稳定的汇率政策，无论这些政策的目的如何”，“在双边监督中，基金组织的重点是成员国采取的那些对目前或未来的外部稳定可能产生显著影响的政策……对于其他政策，只有当它会显著影响目前或未来的外部稳定时，才予以考察。”

其次，“外部稳定”的引入辅助了美国施压人民币汇率的法律行动。这是因为倘若以新《决定》关于“外部稳定”的标准来衡量人民币汇率，就很可

[1] 贺小勇：“IMF《对成员国汇率政策监督的决定》对中国汇率主权的影响”，载《法学》2008 年第 10 期。

能得出人民币汇率政策导致“外部不稳定”的结论，从而认定人民币汇率存在根本性失调。这是因为目前我国确实存在着外汇储备逐年增加，对外贸易顺差逐年扩大的趋势。这也是 2011 年 IMF 与中国进行第 4 条双边磋商后，IMF 报告多次建议人民币升值的理由之一。根据基金组织国别报告第 11/92 号（2011 年第 4 条双边磋商报告），IMF 表示在宏观经济政策、再平衡及金融放开方面需要通过人民币升值来实现。而报告中执行董事会评估部分称：“人民币升值是转向内需型经济的再平衡调整过程的重要一环，人民币升值还是推进旨在加强宏观经济政策框架和促进金融开放各种改革的先决条件。”[1]

关于人民币升值对于中国经济再平衡的影响，渣打银行全球研究部高级经济师斯蒂芬·格林（Stephen Green）曾做过论证。根据其表述，升值对解决中国贸易失衡的作用十分有限，中国贸易重归平衡需要的远不止人民币升值。[2] 事实也证明，自 2005 年汇改之后我国的实际有效汇率已经上升了 30%，但是我国外汇储备并没有减少，反而逐年增加。当然，我国确实亟需转变经济发展方式，实现中国经济再平衡，但是仅仅靠人民币升值发挥的作用是十分有限的。

2. “外部稳定”下的国家货币主权。在处理内部稳定和外部稳定的关系上，IMF 并不反对一国旨在维护内部稳定而实施的汇率政策。依据新《决定》，“成员国在实施国内经济和金融政策的过程中，如果是在促进国内稳定，则基金组织认为它们也在促进外部稳定。所谓内部稳定是以促进合理价格下的有序经济增长为目标而努力实施的国内经济和金融政策，同时适当考虑具体国情。致力于促成有序的经济和金融基本条件以及不会造成无常破坏的货币制度”。[3] 因此，尽管一国在汇率安排上有实现外部稳定的义务，但是这一义务的履行不能以牺牲内部稳定为代价，这也是由货币主权的独立性决定的。

笔者认为，在我国目前的国情下，内部稳定显然比外部稳定更为重要。这是因为汇率问题首先是一国货币主权的体现，各国仅仅在其让渡的货币主

---

[1] 国际货币基金组织公共信息通告第 11/94 号，第 2 页。

[2] 斯蒂芬·格林：“重归平衡需要的远不止人民币升值”，载《中国货币市场》2006 年第 10 期。

[3] 《对成员国政策双边监督的决定》第一部分第 6 条。

权范围内履行其国际义务，在未违背任何国际义务的背景下，一国应当根据本国国情的实际需要制定和实施汇率政策，而非受制于国际压力。人民币短期内大幅升值将会造成一系列不良后果已是经济学家的共识。对于这一点IMF 早年也已经有所表示。IMF 专家拉詹（Rajan）在 2005 年的讲话中称："中国目前的情况（贸易失衡）并不能持久维持下去。然而人民币币值的升值应当是逐步的，经验表明新兴市场难以应对大规模迅速的汇率变动。在中国，迅速的变动将会扰乱或是摧毁国民经济的主要部门，特别是银行业系统，从而使得改革成为漫长的过程。"[1] 国内种种迹象业已表明人民币升值给我国经济带来了一系列消极影响，最明显的就是外贸企业利润空间已被压缩到不足 1.5%。皮之不存，毛之焉附？牺牲了内部稳定而实现的外部稳定是没有意义的。

事实上，IMF 称人民币升值有利于中国乃至世界经济的再平衡很大程度上反映了发达国家的意志。因此，面对国际社会的压力，我国应当坚持本国的货币主权，基于本国的实际情况，渐进可控地推进人民币汇率形成机制的改革，转变经济发展方式实现我国经济的再平衡，而不是在国际社会的压力之下被迫加速升值。

（二）新《决定》主要体现了发达国家的意志

理论上说各国货币主权应当是平等的，各国应当平等地参与国际金融规则的制定。然而 IMF 执行董事会通过的《对成员国汇率政策监督的决定》主要是由发达国家主导推动通过的，并没有得到发展中国家的广泛支持。[2]

从表面上看，在维护汇率稳定，改善全球失衡的责任上，新《决定》强调各国应肩负共同责任。然而事实上，国际储备发行国与非国际储备发行国在改善全球经济失衡，维护汇率稳定方面能力不尽相同，因此不能要求形式上的责任平等。主要储备货币发行国的货币政策应当受到更多的监督和约束，负有更高的国际责任。这些国家的货币政策对全球金融秩序影响更为重大。然而对于中国而言，在国际货币体系中，坚持主张货币主权平等，在制定国际

〔1〕 Remarks on Global Current Account Imbalances and Financial Sector—Reform with examples from China [EB/OL]. http://www.imf.org/external/np/speeches/2005/110305b.htm.

〔2〕 中国就 IMF 通过《对成员国政策双边监督的决定》答记者问，http://news.xinhuanet.com/fortune/2007-06/22/content_6278269.htm.

金融规则时主张平等参与规则制定，倡导“共同但有区别”责任原则，建议“共同但有区别”的汇率政策监督指标体系应当是我们深入研究的课题。[1] 而这一切的实现都有赖于改革现行的国际货币秩序。

五、我国对人民币汇率问题的应对策略

美国目前虽然只是程序性通过了《2011 年货币汇率监督改革法案》的立案预项，但是由于美国此举的最终目的是通过迫使人民币升值全面遏制中国崛起，美国的汇率战不会就此停止。汇率战必将转化为贸易战，并且在未达到其最终的战略目标前美国必将以此作为谈判筹码从中国获取更多的利益。此外，我国外汇储备的逐年增加与对外贸易的持续逆差必将使得国际社会更加关注人民币汇率问题，增加国际社会对于人民币汇率施加的压力。针对这种局面，笔者提出如下建议：

（一）国内层面

1. 坚持货币主权，渐进稳步改革人民币汇率形成机制。国际社会对人民币汇率的指责客观要求我国进一步推进人民币汇率形成机制的改革，这也是中国金融改革的重要目标之一。人民币汇率改革的根本出路在于市场化的形成机制，只有更灵活的汇率机制才能使我国更好的应对金融全球化可能给我国经济带来的挑战。但是，在中国金融系统、政府监管部门没有完全准备好应对这一新机制之前，人民币汇率形成机制的改革必须在合理可控的步伐下逐步推进，否则不仅会损害中国自身的经济增长、社会稳定和金融安全，也不利于世界经济的复苏。

2. 重视金融安全，加强金融监管。目前人民币保持升值的市场预期必将引发一系列投机行为，市场上的不规范和违法违规行为必将增多，将对我国金融秩序的稳定带来挑战，进而影响到我国实体经济的发展。亚洲金融危机的教训告诉我们，金融自由化并不是放弃金融监管，特别是随着金融工具不断推陈出新，更加加大了金融监管的难度。在我国金融体系尚较脆弱的条件下，我国应当加强金融立法，完善金融监管体系，放缓不成熟的金融工具的市场准入步伐，防范国际游资的过度投机，同时提高风险预测、防范和救助能力，避免人民币升值对我国经济带来的过大冲击。

---

[1] 贺小勇：“IMF《对成员国汇率政策监督的决定》对中国汇率主权的影响”，载《法学》2008 年第 10 期。

3. 转变经济增长方式，实现经济再平衡。目前国际社会对人民币汇率施压的另一方面原因是中国巨大的外汇储备和持续增长的贸易顺差。针对此种局面，加上外贸环境的恶化，我国应当努力改变经济发展方式，实现中国经济的再平衡。成功实现中国经济增长方式的转变不仅有利于我国经济的可持续健康发展，也将会对减轻国际社会对人民币汇率施加的压力有所帮助。

（二）国际层面：加强国际合作，改革国际货币体系

人民币汇率之争的压力根源在于现行不公平不合理的国际货币体系。因此，在国际社会中加强国际合作，推进国际货币体系的改革才是解决问题的根本之道。

国际合作应对国际社会的升值压力并非一句口号。在人民币汇率问题上，美国也是综合采用单边双边多边多种途径多种措施对我国施加压力。美国智库成员乔纳森·E. 桑福德（Jonathan E. Sanford）在其阐述美国施压人民币升值的可供选择的手段部分称，“如果美国意图促使中国更快地重估人民币币值，下列措施是可供选择的。这些措施彼此并非互相排斥的，也许美国在同时采取下列措施时会遇到困难。某些情况下与其他国家的紧密合作对于成功（要求人民币升值）是必要的”。[1] 此外，根据《2011 年货币汇率监督改革法案》第 5 条（b）款第（2）项，美国将会采取的行动之一是“不论是通过双边途径还是在多边平台上，（美国将）鼓励其他政府加入美国寻求货币根本性偏差国采取合适政策（纠正货币偏差）的行动之中”[2]。实践证明，美国确实也是沿着这条路线全面对人民币汇率进行施压的。长远看来，我国同样可以通过加强国际合作的方式应对人民币汇率之争。在国际合作方面，我国可从以下几点着手：

1. 寻求中欧合作，推进国际货币体系改革。重新考虑国际储备货币的改革，构建健康稳定的国际货币体系符合中欧共同的利益诉求。历史上，欧洲国家也多次深受美元霸权之害。尼克松时期，面对欧洲国家对美国货币政策的指责，时任美国财政部长康纳利（Connery）居然声称“美元是我们的货

---

〔1〕 Jonathan E. Sanford, *China's Currency: Brief Overview of U.S. Options*, CRS Report for Congress, Order Code RS22338.

〔2〕 S. 1619 - Currency Exchange Rate Oversight Reform Act of 2011 (Engrossed in Senate [Passed Senate] - ES), SEC. 5./(b)/(2).

币，却是你们的问题”。欧元也是在此种背景下产生的。全球金融危机使得中欧各国均认识到目前国际货币体系存在的弊端为世界经济的未来发展埋下了不稳定因素。2010 年 12 月 21 日，在北京举行的第三次中欧经贸高层对话中，国际货币体系改革成为双方讨论的重要议题，参加会议的欧盟经济与货币事务委员会雷恩当日向媒体透露，中欧就改善国际货币体系达成了一致。[1]

具体到减轻人民币升值压力的问题上，基于国家利益的考虑，我国应在欧债危机中给予欧盟积极支持，因为欧元的稳定同样符合我国国家利益，债权国的地位将增加我国处理中欧关系时的谈判筹码，有助于中欧在国际货币体系改革中保持一致。但是中国在与欧洲合作的过程中应当强调互利共赢。中国在援助欧元区时应当要求欧盟与我国形成有法律约束力的文件，避免出现在我国对欧元区救助后，欧盟又提出人民币升值的不合理要求的不利局面。

2. 联合发展中国家，构建国际货币新秩序。国家独立实施货币政策，平等参与国际货币金融事务是货币主权的应有之义。然而当前国际货币体系的现行国际货币秩序使得广大发展中国家无法平等地参与国际货币规则的制定，只能被迫接受，这就从根本上违背了国家货币主权平等原则。美国通过对 IMF 的控制获得了很强的金融话语权和规则制定权，然后将体现美国国家金融战略的规则披上国际惯例或多边规则的外衣，以“中国责任论”为契机，要求中国遵守这些国际金融规则。对此我们要保持足够的警惕，不应盲从国际金融规则。[2] 因此，只有从根本上改变现行的国际货币体系，才能摆脱美国等发达国家对国际金融事务的控制，减轻国际社会对人民币汇率指责的压力。

改革国际货币旧秩序，从理念上来说就是要将公平互利的国际法原则作为建立国际货币新秩序的统领原则。具体来说就是要以“公平履行货币义务原则”取代“发达国家与发展中国家平等履行国际货币义务原则”。[3] 从行动上来看，建立国际货币新秩序可以从以下几个方面着手：

（1）国际储备货币改革。在牙买加体系下，美元与黄金脱钩，这就使得美元具有双重身份：一国的主权信用货币与国际储备货币。IMF 并没有约束

---

〔1〕“中欧经贸以和为贵 牵头改革国际货币体系”，http://news.xinhuanet.com/fortune/2010-12/22/c_12906683_2.htm.

〔2〕贺小勇：“IMF《对成员国汇率政策监督的决定》对中国汇率主权的影响”，载《法学》2008 年第 10 期。

〔3〕杨松：《国际法与国际货币新秩序研究》，北京大学出版社 2002 年版，第 87 页。

美元发行的机制，这就意味着美国可以不考虑国际收支而发行其本国货币，这也是全球失衡和全球通胀的一个重要原因，因此有必要对国际储备货币进行改革。在国际储备货币的改革方面，各国学者主要有两种设想：其一，创设超主权国际储备货币是根本性解决“特里芬难题”的途径。但是实现这一目标是一个长期的过程，作为超主权国际储备货币必须具备货币的基本功能，而作为各国给予厚望的特别提款权（SDR）目前尚不具备货币的基本功能。此外，该种货币由谁发行，如何保持其币值稳定以及对各国货币主权又有怎样的冲击，则是IMF与各国必须考虑的现实问题。其二，在努力创设区域性国际货币的基础上，实现区域货币统一。由于超主权国际储备货币实现起来的漫长性，区域性货币作为过渡将是另一种更具可行性的办法。欧元的出现为区域性货币的实践做了示范，我国也在货币合作方面与有关国家做了不少努力。但是货币一体化的前提是区域经济高度一体化，因此实现区域货币一体化也必将是一个长远的过程。

对此笔者认为，在现实的情况下制度性约束美元的币值及其发行是解决这一问题的现实之选。根据权责对等这一基本的法律原则，美元享有国际储备货币这一地位带来的利益的同时应当承担其应当承担的国际责任。然而目前，美国基于其国内利益的考虑长期实行宽松的货币政策，推行其金融全球化和金融自由化政策。而美国之所以能够长期实施此种货币政策以转嫁其国内危机，就是因为现行国际货币秩序对国际储备货币责任制度的缺失所导致的。IMF应当通过制度性的约束机制让美元承担起其应当承担的责任。而这一切，有赖于IMF的表决制度和机构的改革，增加发展中国家的话语权，否则在美国主导IMF的情况下，任何试图约束美元发行的努力都将是徒劳。

（2）IMF表决机制的改革。IMF采用加权表决制，各成员国拥有的投票权由份额票和基本票两部分组成。但是由于发达国家在IMF中的表决权占有绝对优势，加上发达国家主权货币的国际储备货币的地位，使得发展中国家在国际金融事务中处于劣势，根本无法平等地参与国际金融规则的制定，2007新《决定》的通过便是一例。IMF独立评估机构IEO进行的自我审视性文件也谈到，“所有的IMF改革，最关键的是改革份额制和加权投票制……这

直接关系到 IMF 的未来”。[1] 因此，若要增强发展中国家在国际金融事务的话语权，有必要推进 IMF 表决机制的改革，增加发展中国家的表决权，促使国际货币秩序朝公平合理地方向发展。

（3）推进 IMF 组织机构的改革。IMF 作为政府间国际组织，其权力机构及执行机构却体现了发达国家特别是美国在国际经济秩序中的地位，反映出现有国际货币体系的不公平性和不合理性。近年来执行董事会几乎取代了理事会的主要职权，这使得发达国家更易控制金融规则的制定权。因此在 IMF 组织机构改革方面应当着重加强理事会对执行董事会的制约，约束执行董事会的权力行使。具体而言，首先是要加强理事会的决策机制，设立行政委员会作为理事会的决策机构，并确保该委员会人员组成的广泛代表性，避免由几个主要发达国家成员国控制。其次是要严格控制执行董事会的权限，强化对其的监督机制，使之符合日常事务处理者的身份。

六、结语

金融全球化与贸易全球化和投资全球化不同，金融在现代经济中的核心地位意味着一旦实行金融自由化和全球化，就可以对一国的财富进行重新分配，并轻易地控制一国的经济命脉。可见，金融全球化的本质在于削弱国家对经济的控制权，这一点对发展中国家表现得极为明显。

在金融全球化背景下，发达国家掌握了国际金融规则的制定，现行的国际货币体系内发达国家与发展中国家不平等的地位就是有利例证。人民币汇率之争表面上是汇率政策之争，实质上更是货币主权之争。结合金融全球化的背景来看，人民币汇率问题的根源在于现行国际货币体系的不公平性。因此针对人民币汇率之争，我国除了要采取预防措施减轻人民币可能给我国带来的冲击之外，更要加强国际合作，从根本上改革现行不公正的国际货币体系。只有这样，才能打赢这场汇率战，以更好地维护我国的货币经济主权，并最终实现我国的振兴和崛起。

---

〔1〕“中国 IMF 份额跃居全球第三 推行区域金融合作”，http://news.sina.com.cn/c/sd/2010-11-15/182821475086.shtml.

我国外资并购安全审查制度初探
——略论《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》

任淑芳*

自改革开放，尤其是20世纪90年代以来，外资并购在我国逐步兴起并得到了蓬勃发展，我国立法也一直鼓励和指导外资引进。毫无疑问，外资并购在促进我国经济发展、引进外国的先进技术和管理经验、优化资源配置、调整产业结构等各个方面都起到了积极的促进作用。但与此同时，对我国国家安全方面带来的威胁和隐患也日渐显现。

事实上，外资并购的升温也引发了各国对国家安全问题的普遍关注。尤其是美国在2007年对外资并购安全审查制度立法进行修改之后，各国纷纷通过修改现行立法或另立新法的方式建立了各具特色的安全审查制度。[1]

---

* 作者系中国政法大学国际法学院硕士研究生，中国政法大学全球化法律问题研究中心研究员。

〔1〕 杨芳芳："外资并购国家安全审查制度比较研究"，华东政法大学2011年硕士学位论文。

一、我国外资并购安全审查制度的建立

我国在很长的一段时间内不存在有关外资并购安全审查制度的法律法规，包含有相关类似内容的法律文件仅有《反垄断法》、《外商投资产业指导目录》、《关于外国投资者并购境内企业的规定》，而这些远远无法满足国家安全保障的需要。为了弥补国家安全审查制度的缺失，2011 年初，国务院和商务部相继出台了一系列文件：2010 年 4 月 6 日，国务院颁布了《关于进一步做好利用外资工作的若干意见》（国发［2010］9 号），首次明确提出要加快建立外资并购安全审查制度；2011 年 2 月 3 日，国务院办公厅颁布了《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》（国办发［2011］6 号）（以下简称《通知》），对外资并购境内企业安全审查做出了原则性的规定；2011 年 3 月 4 日，商务部发布《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度有关事项的暂行规定》（2011 年第 8 号）（以下简称《暂行规定》），作为《通知》的具体实施细则，初步建立了安全审查制度的框架，但仅为临时性，于 2011 年 8 月 31 日失效；在《暂行规定》失效之前，2011 年 8 月 25 日，商务部根据该规定半年来的运行情况颁布了《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》（2011 年 53 号）（以下简称《安全审查规定》）并于 2011 年 9 月 1 日起正式实施，是我国外资并购安全审查制度体系确立的标志。

二、我国外资并购安全审查制度的主要内容

（一）审查机构

一直以来，我国外资并购各方面审查都不存在专门的负责机构。外资并购反垄断相关事宜，根据《反垄断法》等的要求，由商务部、国家工商总局、发改委分工负责。《关于外国投资者并购境内企业的规定》中所确立的审批机关为商务部或省级商务主管部门。[1]《外商投资产业指导目录》规定外商投资企业的设立、变更等事项主要由商务部负责审核、管理，总投资 1 亿美元以下鼓励类、允许类；总投资 5000 万美元以下限制类的部分行业外商投资企业设立及变更由各省、自治区、直辖市、计划单列市、副省级市及新疆生产

[1]《关于外国投资者并购境内企业的规定》第 10 条。

建设兵团商务主管部门、国家级经济技术开发区负责审核、管理。[1]

此次有关外资并购安全审查制度的一系列文件首次确立了一个专门的组织负责外资并购安全审查的相关事宜——外国投资者并购境内企业安全审查部际联席会议（以下简称“联席会议”）。根据《通知》的规定，该联席会议在国务院领导下，由商务部和发改委牵头，会同相关部门一同开展工作，具体负责分析外国投资者并购境内企业对国家安全的影响；研究、协调外国投资者并购境内企业安全审查工作中的重大问题；对需要进行安全审查的外国投资者并购境内企业交易进行安全审查并作出决定。[2]

联席会议负责与安全审查有关的实质性活动，但并不是所有的活动。如根据《安全审查规定》第1~3条的规定，受理外资并购安全审查申请的机构是商务部，由商务部判断是否属于并购安全审查的范围，决定是否提交联席会议审查。

对于何为联席会议，其性质如何，目前没有统一的认识，甚至没有一个较为规范的概念。从文件规定来看，该联席会议不隶属于任何部门，也不是一个独立的组织机构，仅仅是为了解决外资并购安全审查事项，由商务部和发改委联合建立的一种议事组织，从某种意义上来说，仍然具有一定的临时性和从属性。

（二）外资并购国家安全审查的对象

此次外资并购安全审查制度中所指的外资并购，较之前立法相比，范围更广。

《关于外国投资者并购境内企业的规定》对外资并购境内企业的定义包含：①外国投资者购买境内非外商投资企业股东的股权或认购境内非外商投资企业增资，使该境内非外商投资企业变更设立为外商投资企业；②外国投资者设立外商投资企业，并通过该企业协议购买境内企业资产且运营该资产，③外国投资者协议购买境内企业资产，并以该资产投资设立外商投资企业运

---

〔1〕《商务部关于省级商务主管部门和国家级经济技术开发区审核管理部分服务业外商投资企业相关事项的通知》（商资函［2009］6号）第1条。

〔2〕《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》（国办发［2011］6号）第3条。

营该资产。[1] 而《通知》除了包含上述三种情形外，还额外涵盖了两种情形：①外国投资者购买境内外商投资企业中方股东的股权，或认购境内外商投资企业增资；②外国投资者设立外商投资企业，通过该外商投资企业购买境内企业股权。[2]

《通知》将股权并购的范围从并购境内非外商投资企业扩展至并购境内外商投资企业，是十分必要的。由于我国长期以来对内外资实行差别待遇政策，因此我国的外商投资企业很大一部分是由我国投资者在境外设立特殊目的公司进行返程投资的结果，这种行为是能够得到一系列法律文件支持的合法行为。[3] 这部分境内外商投资企业的实际控制人仍然是国内投资者，这一规定可以有效防止这部分企业被排除于审查范围之外。

而外国投资者通过设立外商投资企业购买境内企业资产且运营该资产，与外国投资者通过设立外商投资企业购买境内企业股权两种行为在本质上相同，将后一种情况也纳入审查范围实际上是补充了之前立法的不足。

显然，《通知》是在之前立法的基础上，结合实践进行了完善，但这种简单列举式的规定面对多样化的实践活动，难免会显现出新的漏洞。《安全审查规定》第9条提到：对于外国投资者并购境内企业，应从交易的实质内容和实际影响来判断并购交易是否属于并购安全审查的范围；外国投资者不得以任何方式实质规避并购安全审查，包括但不限于代持、信托、多层次再投资、租赁、贷款、协议控制、境外交易等方式。此处"交易的实质内容"、"实际

---

[1] 《关于外国投资者并购境内企业的规定》第2条：本规定所称外国投资者并购境内企业，系指外国投资者购买境内非外商投资企业（以下称"境内公司"）股东的股权或认购境内公司增资，使该境内公司变更设立为外商投资企业（以下称"股权并购"）；或者，外国投资者设立外商投资企业，并通过该企业协议购买境内企业资产且运营该资产，或，外国投资者协议购买境内企业资产，并以该资产投资设立外商投资企业运营该资产（以下称"资产并购"）。

[2] 《国务院办公厅关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》（国办发［2011］6号）第1条第2款：外国投资者并购境内企业，是指下列情形：外国投资者购买境内非外商投资企业的股权或认购境内非外商投资企业增资，使该境内企业变更设立为外商投资企业。外国投资者购买境内外商投资企业中方股东的股权，或认购境内外商投资企业增资。外国投资者设立外商投资企业，并通过该外商投资企业协议购买境内企业资产并且运营该资产，或通过该外商投资企业购买境内企业股权。外国投资者直接购买境内企业资产，并以该资产投资设立外商投资企业运营该资产。

[3] 《国家外汇管理局关于境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》（汇发［2005］75号），《境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理操作规程》（汇发［2011］19号）。

影响”和“以任何方式实质规避”等措辞，是一种原则性判断标准，但是否可以作为判断外资并购境内企业的标准呢？前述第9条判断的对象是“并购安全审查的范围”，根据《通知》第1条可知，并购安全审查范围包括了狭义和广义两个方面。狭义来讲，判断并购安全审查范围仅指对并购行业内容的判断，即对内容的判断；广义地讲，还应判断是否属于外资并购境内企业，即对形式的判断。[1] 能否将第9条的规定用于对形式的判断，《安全审查规定》并没有给出明确的说明，留待审查机构自行裁量。

狭义的并购安全审查的范围，也即形式上的判断，其内容为：“外国投资者并购境内军工及军工配套企业，重点、敏感军事设施周边企业，以及关系国防安全的其他单位；外国投资者并购境内关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施、重要运输服务、关键技术、重大装备制造等企业，且实际控制权可能被外国投资者取得。”这样的范围规定仍然是比较笼统的，具体操作过程中有相关部门出台具体行业和产品目录作为指导。

（三）并购安全审查内容

《关于外国投资者并购境内企业的规定》使用了“国家经济安全”的概念，其第12条规定：“外国投资者并购境内企业并取得实际控制权，涉及重点行业、存在影响或可能影响国家经济安全因素或者导致拥有驰名商标或中华老字号的境内企业实际控制权转移的，当事人应就此向商务部进行申报。”但并没有明确何为“国家经济安全因素”，何为“影响”。《反垄断法》首次提出了国家安全审查，该法中使用的是“国家安全”而非“国家经济安全”的概念，该法第31条规定：“对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中，涉及国家安全的，除依照本法规定进行经营者集中审查外，还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。”同样的，对于国家安全的具体内容仍然没有任何具体说明。

《通知》和《安全审查规定》都沿用了《反垄断法》的“国家安全”的提法，仍然没有明确国家安全的具体内容以及何为影响国家安全，但是明确

---

[1] 《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度有关事项的暂行规定》（2011年第8号）第1条“并购安全审查范围”分“并购安全审查的范围”、“外国投资者并购境内企业的4种情形”和“外国投资者取得实际控制权的几种情形”3款来阐述，其中第3款是对第1款下一项要求的具体阐述，因此，判断是否属于审查范围，主要判断：①是否属于外资并购境内企业；②所涉并购事项是否需要审查。

了几点应当予以考虑的因素，包括：①并购交易对国防安全，包括对国防需要的国内产品生产能力、国内服务提供能力和有关设备设施的影响；②并购交易对国家经济稳定运行的影响；③并购交易对社会基本生活秩序的影响；④并购交易对涉及国家安全关键技术研发能力的影响。可以简单概括为国防、经济、社会、科技四个方面，其范围涵盖了“国家经济安全”，比之更加广泛。

这一概念尽管宽泛，但也并非面面俱到，环境、能源、稀缺资源等是否也应纳入国家安全所考虑的范畴？这方面规定的缺失是立法者故意为之还是无意疏忽，我们还不得而知。[1]

另外，此次出台的一系列文件，仍然没有就何为“影响国家安全”给出或明确或原则性的裁判标准。有许多观点认为我国现有的外资并购安全审查中所设定的比例标准为50%，[2] 这实际上是对《通知》内容的误读。《通知》中50%的标准是判断外国投资者是否取得实际控制权的要件，而是否取得实际控制权是判断是否属于并购安全审查范围的要件，而不是最终得出审查结论的依据。事实上，《安全审查规定》第9条有关判断审查范围的“实质性内容标准”是一项很有新意并且可以普遍适用于审查各个环节的标准。但遗憾的是，如前所述，立法仅将其限制适用于判断狭义的安全审查范围，而并没有被引用到具体审查中，也就是说，“实质性内容标准”仅仅用来判断某一并购行为是否属于审查的范围，而不能被用于判断该并购行为是否有损于国家安全，对于审查的结果不具有根本性影响。

三、我国外资并购安全审查制度存在的问题

外资并购安全审查范围是各国依据本国实际进行自主调节的“安全阀”，关系一国国内产业的良性发展和安全维持。[3] 既然是“安全阀”，就必然要求可松可紧，能灵活地根据具体情况进行调节。总体看来，我国外资并购安全审查制度总体上坚持了概念标准的模糊性，但有些地方灵活有余，有些地方却僵硬过度。

---

〔1〕 李治国：“中国国家安全审查法律制度简析”，载《中国外资》2011年第6期。
〔2〕 张正怡：“外资并购安全审查制度的比较研究”，载《岭南学刊》2011年第4期。
〔3〕 张正怡：“外资并购安全审查制度的比较研究”，载《岭南学刊》2011年第4期。

（一）审查机构

此次设立的联席会议虽然是一个专门的组织，但并不是一个独立的机构，在组织建立上，仍然依托于商务部和发改委。这一点突出表现为，其审查职能的执行也有赖于商务部受理之后的前置性判断：外国投资者、地方商务主管部门、国务院有关部门、全国性行业协会、同业企业及上下游企业先向商务部提出审查申请，[1] 只有商务部认为应当进行审查的事项，联席会议才有可能进行进一步审查。商务部除了对申请文件的形式进行审查外，还要审查是否属于并购安全审查范围，[2] 这实际上是赋予了商务部极大的决定权。安全审查范围本身并不是一系列客观要件的判断，而是需要进行主观判断，一旦商务部认为不属于并购安全审查范围，就不可能进入联席会议的安全审查程序。

相比之下，美国的跨国并购安全审查工作由美国总统和美国投资委员会（CFIUS）承担。CFIUS 也是由不同的政府职能部门以及总统办事机构组合而成的办事机构。其职责是全面的，包括了受理申请、决定是否发起调查、提出处理意见、决定重新审查等，总统对于跨国并购安全审查拥有最终的决定权。[3]

我国的联席会议与 CFIUS 在形式上具有相似性，都是由多个部门合作组织建立，这是由跨国并购问题的复杂性决定的，一个部门很难对所有跨国并购问题做出全方位的评估。但是将受理申请和决定调查的职责分割出来交由商务部负责似乎缺乏合理性。

（二）外资并购国家安全审查的对象

纵观各国现有的外资并购专门立法规范，鲜有将审查范围对象化、具体化的。[4] 如美国，接受 CFIUS 审查的并购应当是“被外国人并购或有外国人参与”且“导致外国控制在美国从事商业活动的人”。其中并没有明确具体哪种类型的并购，也没有说明股权比例。[5] 而我国立法上则采用了列举的方式规定了外资并购境内企业的集中情形，以及 50% 股权比例的实际

〔1〕《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》（2011 年 53 号）第 1～3 条。
〔2〕《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》（2011 年 53 号）第 6 条。
〔3〕邹豫蔑：“跨国并购安全审查制度研究”，大连海事大学硕士学位论文，2011 年。
〔4〕张正怡：“外资并购安全审查制度的比较研究”，载《岭南学刊》2011 年第 4 期。
〔5〕王少喆：“跨国并购国家安全审查制度比较研究”，北京大学 2007 年硕士学位论文。

控制标准。

有观点认为，外资并购国家安全审查对象应规定为："外国投资者及实际控制资本对中国企业的并购"，以杜绝外国投资者采取种种手段规避我国法律。而对于外国投资者的认定，对自然人采国籍标准，对法人或者其它组织采实际控制标准，以杜绝外国投资者采取种种手段规避我国法律。[1] 这种观点未免又走到了另一个极端。

本文认为，以列举的方式明确审查范围并无不可，但也应当保留适当的灵活性，可以确立某些审查的基本原则作为一般情况以外的例外条款。

（三）并购安全审查内容

如前所述，目前为止的立法文件仅仅规定了并购安全审查的内容，没有对并购安全审查的标准做出任何规定。这似乎与美国等国家的立法精神相一致，但相比于美国的安全审查内容[2]，我国似乎更注重对"国家经济安全"的保护，仍然没有摆脱之前立法的思路。

另外，本次的一系列文件中，仅列举了安全审查的内容，但没有明确在具体判断是否对国家安全造成影响时，有哪些评价标准可供参考。即对于具体的审查内容，在达到何种程度或满足何种标准的情况下，构成"不影响国家安全"，何时构成"可能影响国家安全的并购交易"或"已经造成或可能造成重大影响"?[3] 模糊立法是必要的，是为了给审查机关更多的自由，根据具体情况决定哪些交易应终止，哪些可以继续，以更好地保护国家安全，但对于投资者来说，法律需要有一定的确定性，审查标准理应成为立法的重要组成部分，以明示哪些交易可为，哪些应予禁止。法律的确定性也是立法的必要要求之一。因而，设立审查的标准是必要的，但标准本身不要求明确具体，可以具有较强的灵活性和自由度。

总体看来，我国外资并购安全审查制度已经基本确立，从具体内容来看，

---

[1] 王茂林："论我国外资并购国家安全审查法律制度的完善"，载《商场现代化》2010 年第 36 期。

[2] 如 1988 年《埃克森－弗罗里奥修正案》（Exon－Florio Amendment）对判断是否对国家安全有影响提供了 5 个标准：①国内的生产是否符合国防要求的需要；②现有的国内产业是否符合国防要求，包括是否能获得科技、原料及其他供应和服务；③外国公民对国内产业和商业活动的控制，影响到美国满足国家安全需要的能力；④向敏感国家出售军事商品、设备或技术的潜在影响；⑤已提交的或者是即将进行的交易对影响美国国家安全的国际技术领导地位的潜在影响。

[3] 《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》（2011 年 53 号）第 7 条。

很多地方学习了以美国为主的其他发达国家的立法经验，但是，在细节上还存在着诸多不合理之处。这一制度能否契合我国外资并购实践，能否为外国投资者以及中国企业所接受，能否为我国的经济带来积极的促进作用，还有待于更长时期的实践来检验。

跨国并购中反垄断法律问题探究

——我国反垄断法中跨国并购相关立法分析

郝倩*

2009年3月18日，申请半年之久的美国可口可乐公司并购我国汇源集团案，因商务部的一纸禁令而未能成功，这也成为《反垄断法》实施以来我国首个未获通过的跨国并购案例。随着世界经济全球化趋势的迅猛发展，跨国并购逐渐成为企业扩张的主要方式之一。到目前为止，世界范围内已经经历了5次大的并购浪潮。2010年，全球跨国并购总额达2.25万亿美元，此总额度虽比2005～2008年跨国并购最高潮时总额有所下降，但仍保持在较高水平。

一、跨国并购的定义

跨国并购（cross－border mergers and acquisitions），也称为跨国兼并与收购，是不同国家的企业间的并购，即一国企业为了实现特定的目的，通过一定手段，取得他国企业部分或者全部资产，从而部分或者全部控制国

* 作者系中国政法大学国际法学院硕士研究生，中国政法大学全球化法律问题研究中心研究员。

外企业的经营管理的行为。其中，“一国企业”为并购企业，“另一国企业”为被并购企业即目标企业。狭义上的跨国并购要求并购双方涉及两个以上国家的企业，广义上的跨国并购除狭义上的跨国并购外还包括并购企业通过目标国子公司进行的并购。伴随着经济一体化的发展，自20世纪初期，跨国并购在国内并购的基础上迅速发展起来。跨国公司进行跨国并购的方式，主要包括直接向目标企业投资，或通过目标国所在地的子公司进行并购等形式，其支付手段包括支付现金、从金融机构贷款、以股换股和发行债券等形式。[1]

依据不同的分类方式，跨国并购可以被分为不同类型，最常见的是将跨国并购分为横向并购、纵向并购和混合并购。

横向并购，是指在同一行业中，具有竞争关系的企业之间的并购，此种并购方式作为第一次并购浪潮的主要方式，有利于扩大企业经济规模、实现规模经济、降低企业成本并促进资源的优化配置，但在并购的过程中极易形成垄断性企业、产生限制减少竞争的结果。近年来跨国公司并购越来越表现出“整体并购、行业通吃”的战略意图，具有明显的市场垄断趋向。[2] 因此，各国的反垄断法普遍对此种并购方式做出限定，对横向并购的相关条件进行了严格限定。

纵向并购，是指纵向产业链上的并购，即具有买卖关系的生产企业与销售企业间的并购。此种并购方式作为第二次并购浪潮的主要形式，主要通过降低原料价格、扩大销路来内化交易成本，增强企业控制力与竞争力，最终也将会产生减弱竞争、阻碍市场进入的结果。

混合并购是指分属于不同行业之间的企业间的并购。美国学者将其分为三种类型：一是产品扩张型，即一家企业需要另一企业生产其不能生产而又与其生产和销售有关的产品而进行的并购；二是市场扩张型，即一个企业为扩张竞争地盘而对其尚未进入的地区的生产同类产品的企业进行并购；三是纯粹型，即将那些生产和经营彼此互不相干的产品或服务的若干企业联合起来。在经济多元化迅猛发展的今天，此种并购方式可以减少风险，增强企业在世界市场上的竞争实力。[3] 各国一般不对此种类型的并购进行限制。

---

〔1〕 史建三：《跨国并购论》，上海立信会计出版社1999年版，第21页。
〔2〕 张成勇：“跨国并购之反垄断法律问题探析”，山东大学2010年硕士学位论文，第10页。
〔3〕 肖太福：《企业并购法律实务》，北京群众出版社2005年版，第22页。

二、跨国并购中反垄断规制的基本理论

由于跨国并购具有其显著的内在优势，在近几十年来，此种投资方式迅速发展成为国际直接投资的主要形式。在追逐利益最大化的前提下，跨国并购对于全球范围内经济的发展具有促进作用。首先，它有助于资源的进一步优化配置，促进劳动密集型国家与资本密集型国家间的生产要素自由流动，使得企业能通过生产要素自由流动取得效益最大化。跨国并购是更多的生产要素的国际流动，也是对国际商品流动的否定之否定——跨国并购在最终产品上减少了国际贸易，同时又在中间产品上通过市场内部化从而增加了国际贸易。[1] 其次，跨国并购能够迅速扩大企业的生产规模，提高经营效率，增强企业在国际市场的竞争能力以及开辟新市场的能力。[2] 跨国并购方式在给我国中小企业注入新的活力的同时能够有效地解决我国产业集中度较低的问题，通过调整产业结构增强企业竞争力。最后，跨国并购可以提高发展相对落后国家的企业经营管理水平，通过资金的流入和人员的交流提高企业的经济效益。同时将发达国家的先进技术引入被并购企业，促进技术革新。

跨国并购犹如一把“双刃剑”，尽管拥有众多的优点，但其所带来的负面影响也是不容忽视的，其中最主要的就是容易产生挤出效应并形成垄断。由于各国市场开放程度的加大，外资流入情况较为普遍，但发展中国家与发达国家间以及部分发达国家之间企业的实力差距仍然较大，此种情况下的跨国并购会使得国内中小企业被迫退出市场，无形中提高试产进入的门槛。且当外国跨国公司并购国内企业后，极有可能打断国内运行已久的供应链，而转向跨国公司母国或其在国内的配套生产企业，从而迅速占领市场，并排挤原有企业。[3] 当由于并购而形成垄断时，经营者为追求自身效益的最大化，往往会利用自己的垄断地位，限制和排斥竞争，进行不合理的抬价，损害消费者的利益，同时破坏原有市场结构，导致产业结构失衡。

中国加入WTO已有10年，自2001年至今的10年间跨国并购在我国屡屡发生，国内的一些民族自主品牌也因此而消失。我国已由原来主要的原料输出国转变为众多外国企业的生产加工基地，丧失了我国相关部门对这些企业

---

〔1〕 胡甲庆：《反垄断法的经济逻辑》，厦门大学出版社2006年版，第58页。

〔2〕 郄鹏恩：“跨国并购反垄断法规制研究”，北京交通大学2007年硕士学位论文，第7页。

〔3〕 高丹：“跨国并购反垄断法规制”，吉林大学2004年硕士学位论文，第6页。

的有效监管。此种情况下的跨国并购不仅使我国企业未能学习外国先进技术，提高自身的竞争力，而且还大大丧失了部分商品原有的市场份额，任由外国品牌分割市场进行垄断性的经营。我国《反垄断法》施行后，商务部以并购行为将会形成市场垄断为由成功阻止美国可口可乐公司并购我国汇源集团，有效地保护了我国饮品市场的稳定与发展。跨国并购所可能引发的垄断问题不容忽视，在跨国并购与反垄断的关系上，有学者认为两者不能并存，但我们认为这两者既存在相容性又存在一定的矛盾。当并购后企业未达到一定的市场份额而具有支配地位时或者滥用支配地位时，跨国并购不必然构成垄断而对市场造成损害，因此二者是可以并存的；当并购企业由于经营者集中而出现可能操纵市场、损害国家经济发展及消费者利益时，则需要反垄断法对其规制，以维护正常的市场秩序。《反垄断法》相关规定对于防止因垄断产生的限制和排除竞争的情形有一定作用，可以保证经济结构稳定，维护消费者利益。因此，针对跨国并购中可能出现的法律问题对《反垄断法》进行完善具有其可行性和重大意义。

三、我国反垄断法对于跨国并购的相关规定

为防止跨国并购可能产生的垄断行为对国内市场的不利影响，各国均制定相关法律对跨国并购行为进行规制。我国先后出台了《外国投资者并购境内企业暂行规定》、《反垄断法》等相关法律文件。《反垄断法》的实施推进了我国跨国并购反垄断法立法的发展进程，为保护国内市场稳定、经济平稳发展做出了重大贡献。

我国《反垄断法》的目的在于“预防和防止垄断行为，保护市场公平竞争，提高经济运行效率”，这一目的决定了要适用反垄断法首先要确定何为垄断行为，即《反垄断法》第 4 章中所指的经营者集中行为。世界范围内对经营者集中是否应该进行规制主要存在两种标准：“加强支配性地位标准”和“实质性减少竞争标准”。这两种标准均要求对市场份额、市场集中度、进入障碍、效率等各要素进行分析，对可能对有效竞争造成实质性损害的并购行为进行限制。但“加强支配地位标准”对并购可能造成企业处于支配地位的所有行为受到限制，而“实质减少竞争标准”则对限制竞争行为进行规制。对于经济发展来说，实质减少竞争标准能够更好地促进资源的优化配置，在防止垄断的基础上鼓励企业扩大规模。我国《反垄断法》主要采用实质性减少竞争标准。《反垄断法》第 12 条对规制对象做出了较为宽泛的规定：“本法

所称经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。”当此处的经营者的跨国并购行为，包括经营者合并、经营者通过取得股权或者资产方式及通过合同等其它方式进行集中，而将产生排除、限制竞争效果时，《反垄断法》将会适用。在《反垄断法》的立法中，对之前暂行条例中所规定的股权并购和资产并购两种形式进行补充，即要求对其他企业产生控制的效果。因此，在规制对象的确定上，我国相关规定与美国、欧盟等基本相同，均是通过各种形式的并购行为对并购企业的经营状况及经济运作进行控制，最终达到实质上的垄断效果。

进行企业并购先要对市场进行界定，这是测定市场集中度的基础。相关市场通常是指当事人在其中从事经营活动时的有效竞争范围，是判定在各个当事人所经营的商品和服务间是否存在着竞争关系的场所。[1] 我国《反垄断法》对相关市场的界定是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务进行竞争的商品范围和地域范围。仅就条文规定来说，此规定较为笼统，缺乏可操作性。在实践中可借鉴美国、欧盟采用合理的可替代性和需求交叉弹性对相关市场进行界定的方法。具体来说主要考虑以下几个因素：产品的特性、价格、消费群体、价格敏感度等。通过对产品用途、特性、价格的分析确定不同的产品分类，通过对同种类产品的消费群体的确定借以确定产品的销售范围，从而界定相关市场。

《反垄断法》第21～24条对申报的实体要件及相关程序做了规定。申报的实体要件主要为两方面内容：对象要件和规模要件。在对象要件方面，我国采用了与规制主体相同的范围，即对象为经营者集中行为。在规模方面，我国《反垄断法》并未直接作出规定，而是进行反向排除。其第22条规定了经营者申报豁免的情形：“参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者50%以上有表决权的股份或资产；或者参与集中的每个经营者50%以上有表决权的股份或资产被同一个为参与集中的经营者拥有。”除此之外，在《关于经营者集中申报标准的规定》中采取了营业额标准。即不符合上述规模的跨国并购均应事先进行申请。这在一定程度上体现了对跨国并购由传统意义上的结构控制向行为分析的转变。如果一味坚持结构控制模式，将可能影响企业的规

---

〔1〕 王为农：《企业集中规则基本法理——美国、日本及欧盟的反垄断法比较研究》，法律出版社2001年版，第66页。

模效益，使其无法顺畅地发展。而且对于企业规模的限制会给技术革新带来阻力，在有些情况下，市场的高度集中和若干企业的高市场份额可能是这些企业通过技术创新或者产品创新获得的“竞争发展过程中暂时效率的垄断地位”[1]，故不能对将能形成支配地位的跨国并购行为予以否决。

在申报程序方面，我国《反垄断法》规定：“经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报。”因此，我国实行事先审查制度，此制度可以使企业明确自身的并购行为是否合法，从而能避免不必要的经济损失。但此处只是用“事先”作出笼统规定，在没有死板地要求具体申报时间的情况下要求企业必须在实施集中前先进行申报。但是，此条仅对事前申报做出规定，对于申报的具体标准没有做相应解释。在完善立法时，可考虑不同情况区别对待以节约审查成本。现阶段，各国普遍将审查期间分为两部分，即先对并购行为进行初步审查，对于可能限制、排除竞争的行为进行进一步审查；对于启动第二步审查的相关并购行为，将要求企业提供相关资料，具体分析各项标准以判定是否会对市场造成不利影响。我国《反垄断法》在审查程序上也分为初步审查和进一步审查，即反垄断执法机构应在收到提交的文件之日起 30 日内作出是否进行进一步审查的决定，在进一步审查程序中应在 90 日内作出是否准许经营者集中的决定。

《反垄断法》第 27 条对审查考虑的因素作出规定：审查经营者集中，应考虑以下因素：①参与集中的经营者在相关市场的市场份额及市场控制力；②相关市场的市场集中度；③经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响；④经营者集中对市场进入、技术进步的影响；⑤经营者集中对国民经济发展的影响。此条规定表明我国的审查主要采用实质审查方式。若由于企业间的并购而使得并购后的企业具有明显的支配地位，并通过并购而实质上减少了该市场原有的竞争，就产生了垄断的效果。

四、我国跨国并购反垄断规制的完善

自我国改革开放以来，尤其是中国加入 WTO 后的这 10 年间，跨国并购在中国时有发生。跨国并购在给国家带来经济收益的同时也存在一定的潜在危险。跨国并购可能出现的垄断经营必将损害消费者的利益，同时对国家经

---

[1] 朱宏文：“现代反垄断法的发展与我国的反垄断立法——以企业合并控制为中心”，载《社会科学研究》2001 年第 3 期。

济发展造成阻碍。为了预防跨国并购中可能出现的垄断等相关问题，我国先后出台了《外国投资者并购境内企业暂行规定》、《反垄断法》。但由于我国对跨国并购中反垄断规制立法研究起步较晚，《反垄断法》的部分规定存在一定的缺陷。但是，企业跨国并购规制制度不是限制企业跨国并购的制度，而是促进企业跨国并购的制度。[1] 因此，《反垄断法》立法目的为通过对垄断行为的预防和制止，达到了保护市场公平竞争，提高经济效率，维护消费者利益和社会公益的目的。

（一）法律制度的完善

《反垄断法》素有“经济宪法”的别称，是一门具有高度专业性、学科交叉性、影响力广泛的新型法律制度。[2] 但从整体上讲，《反垄断法》的很多条文只有原则性规定而缺乏相应的实施细则，因而在实际适用过程中往往存在大量问题。

1. 域外适用问题。跨国并购是企业在国际市场追逐利益最大化的一种方式，其跨国性必然会对两个或两个以上的国家造成影响，国际间的关联程度日益加剧。在跨国并购的法律关系中，主客体或者内容存在涉外性，为了对本国利益进行保护，各国依据“效果原则”对相关行为进行规制，这样便因为相关法律的域外效力而出现管辖权冲突以及法律适用冲突等问题。我国《反垄断法》第2条规定：“……中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法。”此条规定了我国《反垄断法》的域外效力，也是产生管辖权冲突的缘由。反垄断法的域外适用最早源于美国，其适用的过程也多次引发国家间政治经济冲突。从国家层面上，这种域外适用被各国认为是对一国司法的干涉，相关判决往往不能得到他国的承认与执行。因此，在实践中很难通过反垄断法的域外效力解决实际问题。故对于跨国并购问题，如果与之相关的国家都通过单方面的域外适用其反垄断法实现对跨国并购的反垄断控制，以求片面保护本国利益，这势必会产生管辖权冲突和随之而来的法律冲突，且结果除了国家间无休止的争吵外，并不能解决

---

〔1〕 许宁宁：“美国企业跨国并购反垄断法研究”，对外经济贸易大学2006年硕士学位论文。

〔2〕 黄勇、江山：“‘国家—市场’尺度下的反垄断法三十年——迈向‘自治—回应’型法”，载《法学论坛》2008年第3期。

任何实质性问题。[1] 因而国家可以通过缔结双边条约、多边条约等形式加强国际间合作以解决此类问题，避免司法资源的浪费以及国家间冲突的发生。即以核心原则和最低标准为基础，由原则到具体，由不具有法律约束力的政策协调到具有法律约束力的直接规范，并最终就跨国并购反垄断控制达成国际规则。[2]

2. 审批制度的完善。对于如何认定经营者集中和相关事前审查制度的完善，可借鉴美国及欧盟的相关规定。在市场支配地位认定方面，我国《反垄断法》采用市场份额标准。对此问题可在指标和参数上采用销售额和市场份额的结合方式明确国际标准和国内标准相结合。[3] 综合考虑市场容量、技术创新以及限制竞争等多方面因素，具体情况具体分析。

在市场界定方面，我国只做了原则性规定，实践中所采取的“供给需求替代分析”和“假定垄断者测试”并行的方式容易出现主观性错误，存在一定的缺陷，在实践中应以上述方法为基础，结合实际案例，采取假定垄断者测试优先，供给需求方式并行的方式。借鉴美国的三步骤原则进行确定：首先确定相关产品；其次根据购买渠道价格等因素将替代产品扩大到市场范围内；最后根据产品的销售区域确定地域市场。[4]

在国家安全审查制度方面，《反垄断法》第 31 条规定：对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中，涉及国家安全的，除依照本法规定进行经营者集中审查外，还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。此处关于国家安全审查的相关规定可以有效遏制并购可能对国家安全造成的不利影响，但此条规定过于原则化。可以借鉴美国的相关做法，确定专门的机构对跨国并购趋势及对我国国家安全的影响进行全方位调查评估、及时上报可能对国家安全造成危害的并购行为、编制年报进行各项专业性数据分析，同时积极听取法律专家以及经济专家的相关意见，以此来提高国家安全审查的作用，确保并购行为不会给国家安全带来不利影响。

3. 监管救济制度的完善。仅有法律的出台不能有效保护其所要保护的对

---

〔1〕 窦玫佳：“跨国并购的法律适用问题”，载《行政与法》2004 年第 5 期，第 125 ~ 127 页。
〔2〕 姜发根：“跨国并购反垄断控制的法律冲突与协调”，载《皖西学院学报》2008 年 12 期。
〔3〕 包梅：“论欧盟跨国并购反垄断法律规制”，西北大学 2009 年硕士学位论文。
〔4〕 闫倩：“跨国并购的反垄断法律规制研究”，西北大学 2006 年硕士学位论文。

象，法律的生命力在于其如何实施，这就要求对法律事实制定良好的监管机制。我国现阶段的反垄断法监督机制并不完善，立法机关应对监督规则做出进一步规定。由于现阶段跨国并购广泛存在，且跨国并购所涉及的法律关系及相关内容相当复杂，为了更好地对其进行监管，应设立专门的监督机构，负责相关规定实施的审查监督工作，如美国的司法部反托拉斯局。同时，应赋予该机构相应权限，允许其对相关行为进行调查、对违法行为有一定的处罚权以及在法律适用过程中可能出现的部分问题的解释权等。由于反垄断案件尤其是并购案件，专业性强，社会影响大，对执法的效率要求高，行政裁决尤有必要，西方发达国家也均赋予主管机关该项权力。但为了防止行政权力过分扩张，必须利用司法对其进行监督制约，确定法院对这种行政裁决的司法审查权。[1] 另外，应加强各行业协会的作用，赋予其相应的反垄断监管职能，完善内部管理机制，配合专门机构进行监督管理。除此之外，可以召开听证会，广泛听取群众意见。

在救济方面，可以通过建立举报制度，引入社会监督机制，发挥社会力量进行监督。[2] 另外，在司法制度上，可以加重对跨国并购中垄断行为的处罚力度，设立日罚金额制度，以督促分立企业而尽快结束垄断行为。同时可以借鉴《民事诉讼法》中的公益诉讼制度，赋予公众提起诉讼的权利，赋予群众法律监督的权利。

（二）产业政策的完善

自我国改革开放以来，尤其是中国加入 WTO 的十年间，跨国并购严重影响了我国相关产业的发展。与发达国家企业相比，我国众多企业存在规模较小、实力薄弱的特点。随着外资并购的蓬勃发展，许多民族自主品牌已逐渐消失。而在外资引入的过程中，很多企业也未能达到预期目标，如上海大众等合资企业内部的管理分工，外方掌握着关键的核心技术和营销渠道，中方根本无缘接触到技术的内核。我国企业根本无法以牺牲市场份额换取先进技术。因此，在今后的产业政策制定过程中，应制定周详的产业发展计划，鼓

〔1〕 林晓静："跨国并购的反垄断规制——兼评《反垄断法》"，载《华东政法大学学报》2003 年第 1 期。

〔2〕 林晓静："跨国并购的反垄断规制——兼评《反垄断法》"，载《华东政法大学学报》2003 年第 1 期。

励有条件的企业积极做大做强，还必须在现有阶段注重保护自己的民族工业、新兴产业、幼稚工业，以及对一些能源企业、资源企业的保护。[1] 在此问题上，完善的法律规制必不可少，但产业政策的完善也直接决定着我国未来经济的发展。但应对跨国并购问题，要保持较高的灵活性，具体问题具体分析。

随着经济全球化进程的加快，跨国并购的激增，外资并购我国企业的情形时有发生。由于我国反垄断法立法起步较晚，很多规定仍不完善。因此，完善反垄断立法是有效规制跨国并购垄断行为的重要方面。在此过程中，应综合考虑国内外经济环境，在维护本国利益的同时注意加强国际间的合作，使我国的相关规定与国际接轨，从而能够对跨国并购中的垄断行为进行有效规制。

---

[1] 吴云峰："跨国并购反垄断法规制问题研究"，上海交通大学2008年博士学位论文。

论第三方物流合同的法律性质及其法律适用

刘薇*

随着世界经济和对外贸易的发展，物流越来越受到人们的重视。近几年，一股物流热席卷中国各大城市，中海、中远等诸多大型企业都将现代物流作为其重要发展领域。2011 年 9 月，由商务部主办的海峡两岸农产品冷链物流研讨会在南安水头召开[1]，探求两岸农产品冷链物流对接合作的方式途径，让农产品从生产地到消费者手中，实现冷链物流“不掉链”。据统计，我国在农产品领域，因物流掉链的年损失高达 1500 亿，建立起低廉、高效、规范、完善的现代物流势在必行。

社会经济生活的发展变化必然要求有与之相配套的法律，以及时调整规范新的社会关系和社会秩序。物流业的进一步发展和繁荣，也需要有统一的游戏规则，需要公平、透明、高效的法律制度环境，而我国目前尚缺乏

---

* 作者系中国政法大学国际法学院硕士研究生，中国政法大学全球化法律问题研究中心研究员。

[1] 来源：泉州晚报 http://qz. fjsen. com/2011 -09/08/content_588-2549. htm.

一套专门针对物流的法律、法规，对于与物流相关的很多问题均亟待明确。本文将从介绍第三方物流及其合同的定义和特征入手，主要围绕第三方物流合同的法律性质作深入分析。

一、第三方物流的定义、特征及其产生背景

第三方物流（third party logistics）是由供方与需方以外的物流企业提供物流服务的业务模式〔1〕。这一定义并非法律概念，迄今为止，世界上还没有哪部现行法律对这一概念作出过具体阐述。从法律角度分析，第三方物流可以理解为合同物流，因为它是一种由供需双方之外的第三方，依据有关合同，利用现代信息技术和设备将物品从供应地向接收地准确的、及时的、安全的、保质保量的、门到门的合理化服务模式和先进的服务流程。

在第三方物流产生之前，许多企业是自己将销售的产品运给购买者或需求方，如生产企业内往往设有运输部门，甚至拥有自己的车队。然而，随着社会大生产的发展和分工的不断细化，企业为降低成本，将资源集中在其核心业务上，从而获得竞争优势，开始将运输、仓储等环节外包给专业运输公司，甚至将整体的物流活动都外包给第三方，即从原材料的购入，到产品生产出来向最终消费者移动的全部过程。

第三方物流与传统物流的不同之处在于，它是根据合同条款的要求，以合同为导向的有偿服务，不是根据企业临时需求提供的临时服务，而是提供更为复杂、更多功能、甚至全方位的物流服务，比如仓储管理、运输管理、库存管理、配送发运、订单处理、运价谈判、承运人选择等近三十种物流服务〔2〕。由此可见，物流合同作为第三方物流得以顺利进行的必备要素，研究第三方物流必然离不开对第三方物流合同的分析。

二、第三方物流合同的定义、特征和法律性质

所谓第三方物流合同是指由物流服务的需求商与第三方物流经营人所订立的，规定后者为前者提供物流服务，并明确双方的权利和义务等内容的协议〔3〕。

第三方物流合同具有以下两方面的特点：

---

〔1〕《标准物流术语》。

〔2〕孟于群：《第三方物流法律实务及案例》，中国商务出版社 2010 年版，第 8 页。

〔3〕孟于群：《第三方物流法律实务及案例》，中国商务出版社 2010 年版，第 142 页。

1. 混合性特点：由于第三方物流是由多功能、全方位的服务项目组成，第三方物流的这种特征决定了第三方物流合同的混合性特点。与第三方物流一样，第三方物流合同也是一个笼统的概念，它或许包含多个有名合同的内容和要素，如运输合同、仓储合同等；或许同时包含有名合同和无名合同的内容和要素，但难以在《合同法》中找到一种与其相对应相匹配的有名合同。

2. 合同标的物为物流服务，具有个性化、集成化的特点[1]：物流合同以提高物流服务为中心，为客户提供一整套物流服务设计方案，管理并组织实施该方案。

第三方物流合同具有以下几方面的法律性质：

1. 无名合同。所谓无名合同又称非典型合同，是指法律尚未确定特定名称的合同。具体是指《合同法》中明确规定的15种有名合同以外的合同。根据合同自由原则，当事人不仅可以根据法律的规定订立有名合同，还可以根据自己的特殊需要订立法律上尚未予以规范（确定名称）的无名合同，只要该合同不违背法律禁止性规定和社会公共利益，就是有效的。无名合同在实践中经过长期的运用和发展，也可能被法律确认为有名合同。

从合同规范的内容看，无名合同主要有三种类型：一种是纯粹的无名合同，这种合同以不属于任何有名合同的事项为内容；二是准混合合同，这种合同以一个有名合同规范的事项和另一个不属于任何有名合同规范的事项为内容；三是混合合同，这种合同由两个或两个以上的有名合同规范的事项为内容结合而成[2]。第三方物流合同应属于第三种无名合同。

2. 诺成性合同，而非实践性合同。所谓诺成性合同是指只要当事人双方意思表示达成一致，无须交付标的物即可成立的合同。如，《合同法》第381条规定的仓储合同，仓储合同的商事合同特点决定了其诺成性，即由于保管人的专业性和营利性，保管人必然会为保管物的入库提前做出相应的履行合同准备工作，支出一定的费用，若认定仓储合同为实践合同，一旦存货人在交付货物前改变意愿，不向保管人交付货物，保管人对于其所受到的损失，只能追究对方的缔约过失责任，而无法追究对方的违约责任从而获得足够赔偿，这对保管人极为不利，也不利于仓储行业的正常发展。

---

〔1〕 朱广峰："论物流合同的性质"，载《实践与探索》2009年第16期。

〔2〕 郭明瑞、房绍坤主编：《合同法学》（第二版），复旦大学出版社2009年版，第12页。

所谓实践性合同是指除当事人意思表示一致外还须交付标的物才能成立的合同。如，依据我国《合同法》第367条规定，保管合同为实践性合同，但当事人另有约定的除外；又如，依交易习惯，借用合同也为实践性合同。对于《合同法》第288条规定的运输合同是否为实践性合同，在《合同法》颁布前后都存在争议。有学者认为，运输合同一般为诺成性合同，但以托运单、提单代替书面运输合同的，因承运人往往需要收取货物并核查后，才能签发提单或在托运单上盖章，故这类合同应为实践合同〔1〕。但也有学者认为，即使以托运单、提单代替书面运输合同的情况下，运输合同也不属于实践性合同。因为虽然运输合同在托运人填交的货物托运单经承运人接受，并由承运人填发托运单后成立，但承运人是否检查货物并非合同的成立要件。在现代社会中，实践性合同并非合同的常态。一类合同是否为实践性合同，需要以交易习惯或法律规定是否以交付标的物为成立要件而定，否则就应在原则上推定为诺成性合同，若其他法律、法规有另外规定，也可有例外。将运输合同定性为诺成性合同，有利于托运人和承运人按照预定计划安排运输事宜，从而维护运输合同双方当事人的利益，维护交易秩序，促进运输业的顺利发展〔2〕。

通过上述分析，笔者倾向于将第三方物流合同定性为诺成性合同。因为第三方物流合同中主要要素往往是运输合同和仓储合同，基于类似理由，宜将这种合同定性为诺成性合同。另外，第三方物流的需求方往往是大客户，这种物流需求具有量大、跨区域、跨行业、甚至跨国家、不限于某个物流环节、且服务要求复杂性高等特点，为降低物流经营人的风险，鼓励物流经营人放开手脚从事这类复杂的物流业务，促进第三方物流业的迅速发展，宜将第三方物流合同定性为诺成性合同，即只需物流经营人和客户意思表示达成一致，无需以交付货物为要件，合同即可成立。

3. 是一种双务、有偿合同。在第三方物流中，物流经营人为物流需求方提供定制化物流服务，需求方对物流经营人的服务支付相应报酬，承担相应费用，双方互负对待给付义务，因而是一种双务、有偿合同。

4. 是一种不要式合同。所谓要式合同是指须采取法律规定的特定形式才

---

〔1〕 崔建远主编：《合同法》（第三版），法律出版社2003年版，第409页。

〔2〕 郭明瑞、房绍坤主编：《合同法学》（第二版），复旦大学出版社2009年版，第7页。

能生效的合同[1]，即若当事人未采用该特定形式，如法律规定必须采用书面形式而实际上未采用书面形式，原则上，该合同成立但未生效。在现代法中，合同以不要式为原则，要式为例外。只有对一些特别的交易，为便于国家监督管理，法律才要求当事人必须采用特定形式。我国合同法对运输合同、仓储合同、委托合同、承揽合同等均未规定须采用特定形式，因而在性质上都属于不要式合同。只是在实践中，为了简化订立合同的程序，服务提供方往往会事先拟定出格式条款以供重复使用。作为一种合同法尚未予以明确规定的第三方物流合同，一种融运输合同、仓储合同等诸要素为一体的混合合同，必然不会是一种要式合同。只不过，由于第三方物流的复杂性，建议物流合同双方采用条款详细具体的书面形式，将当事人双方或多方的权利和义务予以明确，以增强合同的指引作用，降低纠纷可能性。

综上所述，第三方物流合同的性质是一种诺成性的、双务有偿的、不要式的的无名合同。对于该种合同，目前由于法律无具体规定，尚无法直接适用法律规定对其加以调整。对于属于混合合同的第三方物流合同，应如何适用法律，目前理论上存在以下三种观点：

第一，吸收主义，即区分合同的主要内容和次要内容，由主要内容吸收次要内容，从而适用主要内容的有名合同规则。此观点完全不顾当事人订立混合合同的意图，且区分主要内容和次要内容也较为困难，故未被现代民法所采用。

第二，结合主义，即将混合合同分解出各种有名合同的法律要件，从而适用各自的法律规定，创造一种混合法加以适用。这种观点忽视了各有名合同所具有的独特的经济目的及社会作用，实践中也难以将有名合同的事项予以分解，且其机械地结合各事项的法律加以适用，也有违当事人的意思。

第三，类推适用主义，即考虑当事人订约的经济目的，将无名合同中的事项类推适用有关各有名合同的法律规定。这种观点是各国民法的通说。[2]我国合同法采取了类推适用主义，《合同法》第124条规定："本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。"

---

〔1〕郭明瑞、房绍坤主编：《合同法学》（第二版），复旦大学出版社2009年版，第6～7页。
〔2〕参见曾隆兴：《现代非典型契约论》，三民书局1988年版，第4页。

美国证券集团诉讼制度利弊分析

——对中国是否应该引入集团诉讼的思考

李怡婷*

集团诉讼是美国证券市场侵权民事赔偿案件的主要诉讼方式，在美国这片土壤上有着较长的发展历史。近年来，随着我国证券市场的不断发展，有不少意见主张借鉴美国集团诉讼的做法，破解证券民事赔偿的难题。然而，鉴于我国的特殊国情以及证券市场的发展水平，是否应当引入这一制度在理论上与实践中均有待进一步考证。本文将对美国证券集团诉讼呈现的弊端进行剖析，结合近年来具体的数据分析证券集团诉讼的现状，并通过比较美国证券集团诉讼与中国当下证券诉讼模式，思考我国引入证券集团诉讼的必要性与可行性，力求助益实践。

一、美国证券集团诉讼的优势

美国的证券集团诉讼制度实际上是一种“目的在于以最经济和最有效的方式为众多的具有共同利益的当事

* 作者系中国政法大学国际法学院硕士研究生。

人提供最有效的诉讼保护”的制度。[1]它在保护投资者利益，敦促证券市场参与者履行义务等方面起到很大的作用，是美国证监会执法活动的重要补充。[2]集团诉讼也是惩罚侵权者、赔偿被诈骗投资者的根本性救济方式。为此，美国证券法专家罗斯认为，美国联邦法律反欺诈的救济措施的实施，很大程度上取决于集团诉讼机制。[3]

具体而言，证券集团诉讼有以下几方面优点：

（一）简化诉讼程序，节约诉讼成本

原告当事人可通过同一诉讼程序解决争议，避免在审前程序、证据搜集方面重复进行，这也节省了法官对案件的熟悉时间，单个法官对案件进行审理，节约了司法资源，同时确保案件结果对于集团成员以及被告的一致性。此外，通过避免重复诉讼，为当事人节省了成本，使其不受无尽的诉讼纠缠，为法院控制诉讼费用提供了可能性。最后，对于那些并不知晓其受到损害的小额投资人，或者是明知道受到侵害而不愿提起单独诉讼的投资人而言，集团诉讼无疑提供了较为可行的诉讼模式。

（二）保护当事人利益

通过一揽子诉讼，利益受到损害的当事人可以在同一个平台上获得赔偿，而不会造成先诉的当事人先赔偿，后诉当事人在前人赔偿完毕的基础上进行赔偿，这显然十分不利于对后来当事人利益的保护。而在集团诉讼中，所有的当事人在同一的前提下获得赔偿，不会存在不公平的现象。此外，集团诉讼有利于对中小投资者的保护，因为在很多情况下，若是提起单独诉讼或者其他方式的共同诉讼，中小投资者往往会支付很大一笔诉讼费用，这会直接导致他们的诉讼欲求不高，因为最终获得的利益可能微乎其微。而在集团诉讼中，由于诉讼费用由所有当事人共同承担，这必然会减轻中小投资者的诉讼负担，因此，在集团诉讼中他们往往能获得可观的赔偿数额。

（三）集团诉讼有预防保护和损害赔偿救济的双重功能

集团诉讼既可以是损害赔偿之诉，也可以是请求法院判决作为或不作为

---

〔1〕曾露：“论美国集团诉讼对我国民事证券诉讼之借鉴”，湖南师范大学2004年硕士学位论文，第19页。

〔2〕美国证监会通常通过提起证券集团诉讼以及行政法官诉讼两种方式来行使其监管职权。

〔3〕杨峰：“美国集团诉讼及其对晚上我国证券侵权群体诉讼制度的借鉴意义”，载《福建政法管理干部学院学报》2002年第10期。

之诉，甚至还可以请求法院宣告认定当事人权利的判决，并不附加其他补救。[1] 美国的证券集团诉讼制度的设计目的不仅在于保护广大投资者避免遭受金钱损失，还致力于法院在这种诉讼中通过禁止令或者宣告性判决等多种救济形式来影响和改变公共政策。这不但救济了已受侵害的权利，更有效预防了不法侵害的进一步加深。

二、证券集团诉讼的现状及弊端分析

2012 年，美国联邦法院归档的证券集团诉讼案件共计 207 件，和前 5 年的平均数（221 件）相比，有明显的下降。其中，“标准”的证券集团诉讼案件数量为 142 件，与往年相比更是呈现出逐步下降的趋势（2009 年至 2011 年年均 144 件，2005 年至 2008 年年均 173 件）。此外，2012 年和解案件数量为 53 件，2011 年的数量为 65 件，这和 2002 年至 2010 年的年均 98 件相比有了大幅减少，其原因就在于 2009 年至 2010 年集团诉讼案件数量的整体下降。

（一）证券集团诉讼的损害赔偿不充分、不平等

集团诉讼的目的是为因同一个原因而遭受损失的一个团体或者一个集团恢复损失，因此，其首要的作用应体现在帮助投资者获得赔偿上。举例来说，一个集团诉讼可能是由一群因欺诈性虚假陈述和/或漏报关于 IPO 的重要事实而遭受损失的投资者组成。其中，许多个体投资者参加集团诉讼的原因是他们获得损失所占的比例实在太小，或者他们的证券发行不是由一个提供全面服务的经济公司负责的，因此，提起集团诉讼在形式上也许对他们更为有利。

但是，根据数据显示，证券集团诉讼的原告投资者能从和解中所获得的实际赔偿只相当于其损失的百分之几，在 1996 年至 2008 年的 1000 余起集团诉讼案件中，平均案件和解数额只占到了预期损失的 3%（证券集团诉讼绝大多数以和解形式结案）。[2] 从具体数额来看，2012 年平均和解金额是 3600 万美元，2007 年至 2011 年的年平均和解金额也只有 3500 万美元。且 2012 年和解金额的中间值甚至只有 1200 万美元，[3] 这和新闻报道中巨额和解金额相比差距甚远。根据 1996 年至 2012 年的数据分析，和解数额较小的案件将会令

---

〔1〕 曾露：“论美国集团诉讼对我国民事证券诉讼之借鉴”，湖南师范大学 2004 年硕士学位论文，第 20 页。

〔2〕 有研究机构的另一份研究报告对这一结论进行佐证：1991 年至 2004 年间，每年的这一比例从未超过 7.2%，2002 年至 2004 年间，甚至低于 3%。

〔3〕 据统计，1200 万美元已经是自 1995 年以来和解数额中间值最高的年份。

投资者遭受更大的风险和损失，两者基本成反比。而在个案中，中小股东所遭受的损失相比大股东更为惨重。

对投资者十分不利的还有在近年来逐渐流行的代金券（Coupon）和解方式。该方式是指被告公司以代金券而非现金支付赔偿（集团律师仍可获得现金）。对被告而言，这种方式降低了其实际支出，更是平添了广告促销的效果。但是对作为集团成员的投资者而言，却面临着代金券价值被高估，使用受到不合理条款限制等不利因素的制约。因此，有人称，投资者，尤其是中小投资者，是集团诉讼中唯一的输家。

（二）证券集团诉讼的违法惩戒效果不全面、不明显

证券集团诉讼律师及其支持者认为，该制度的主要价值在于严惩违法者，由此产生威慑作用。然而在具体案件中，却有许多和该价值背道而驰的现象：

首先，由于美国证券集团诉讼大都以和解方式结案，故被告同意支付相当大数额，甚至可称之为巨额的和解金之后，法院并不判决其违法。而支付和解金也并不意味着被告承认自己有过错或者负有责任。从这个角度说，证券集团诉讼所起到的认定违法、威慑警示作用十分有限。

其次，在美国证券集团诉讼中，董事、高级管理人员等个人承担赔偿责任的案例是极少的。有研究显示，在20世纪90年代中期美国的证券集团诉讼中，被告中包括董事、高级管理人员的，保险公司承担和解金额的68.2%，公司被告承担31.4%，个人承担责任的部分仅仅占到0.4%。另有研究证明，96%的证券集团诉讼最终以被告责任保险金额为和解金额。如此一来，公司乃至个人甚至无需承担实际的赔偿责任，集团诉讼的目的与价值形同虚设。

（三）证券集团诉讼的效率低下

证券集团诉讼的程序比较复杂，因此，在一般情况下，一个集团诉讼案件起诉到联邦法院后，联邦法院要用3～4个月来完成案件前期工作，此后才开始进行诉讼的确认程序。确认程序一般在受理案件2.8～8.5个月后才能完成。也就是说，多数情况下，一个集团诉讼从提交法院开始到法院进入实质性“审理”阶段，大致需要6个月至1年的时间。

正因为如此，美国集团诉讼的结案效率很低。据统计，平均在第一年内就能结案的只有8%，两年内结案的为26%，第三年结案的为39%，大多数案件会拖7～8年，甚至更久。

（四）证券集团诉讼费用巨大

证券集团诉讼中存在着一种“奇怪”现象：一方面，通过和解程序，往往会达成数额极大的和解金额；另一方面，受损投资者的损失通常无法得到合理赔偿，工商界也怨声载道，称受到“诉讼敲诈”。而导致这一怪现象的原因就是巨额的诉讼费用。诉讼费用包括律师费用和诉讼开支两部分。

1. 律师费用。美国证券集团诉讼中的律师费用通常采取“胜诉报酬费”制度，即败诉的集团代表不需要向自己聘请的律师支付律师费。从另一个角度来分析，这也增加了集团诉讼的风险性，导致原告律师在胜诉后收取高额的诉讼费用，同时也是证券市场因侵权行为引发的集团诉讼一般是由律师启动的原因。一批专门从事证券法律事务的律师，几乎时刻都在关注证券市场的情况。一旦发现上市公司或其他市场参与人存在虚假陈述、内幕交易等侵权行为，他们就会公开征集受到侵害的投资者并代理投资者提起诉讼。有关研究和统计数据表明，律师费一般占到证券集团诉讼赔偿金或者和解金的20%～35%。2012年，美国证券集团诉讼案件中原告的律师费用高达6.53亿美元，相比2011年增长了4%。

2. 诉讼开支。由于集团诉讼的程序复杂，耗时冗长，涉及面广，故诉讼开支不可忽视（在和解结案情况下，诉讼开支由集团成员，即原告承担，实践中多由集团律师垫付，再从集团诉讼获得的收益中偿还）。有数据显示，2012年，提起证券集团诉讼的公司共支付给法院的相关费用达6.53亿美元，比2011年增长了4%。而2012年最大的一笔费用产生于一场起源于2004年的针对美国国际集团的集团诉讼案件，和解金额达到8.225亿美元，其中，法院收入1亿多美元。

扣除高额的律师费用和诉讼开支，最终受损投资者所获的赔偿十分有限也就不足为奇。因此，从这一角度分析，集团诉讼并不具有明显的诉讼效益上的优势。

四、我国是否引入集团诉讼的思考

通过考察美国集团诉讼制度，不难发现，其一般由律师牵头进行诉讼，是一种集公益诉讼与私人诉讼相结合的诉讼模式。我国新民诉法承认了公益诉讼，但这是否意味着美国的证券集团诉讼可以完全为我国目前所用？答案有待商榷，但可以肯定的是，即使我国要发展集团诉讼制度，也应当是在已有的共同诉讼的基础上，借鉴集团诉讼制度的一些具体做法，完善目前的制

度，而绝非直接将集团诉讼制度套用在我国的国情之下。具体而言，中国的证券民事诉讼可以借鉴美国集团诉讼的一下经验：

（一）律师胜诉赔偿金分享制

即律师可以选择现行垫付诉讼费用以及调查取证等诉讼成本，等到胜诉之后用赔偿金来支付前期报酬并分享赔偿金。此制度的好处在于能够调动律师发起代表人诉讼的动力，同时能够在律师作出赔偿分配的过程中起到监督作用，保护当事人的合法权益。但是，在这一制度中，为避免律师对原告的赔偿金进行过度侵蚀，该赔偿金的分配应由法院在参考案件难易程度、影响力大小以及律师具体工作等方面后统一制定细则。[1]

（二）建立明示退出，默示同意规则

通过比较美国证券集团诉讼与中国代表人诉讼的区别，不难发现，集团诉讼制度下，当事人默示同意，明示退出的规则更能广阔地涵盖可能受到利益损失的当事人。因为我们永远不能确保每个当事人都能明确知道自己所受到的损失，并愿意在受到损失的时候必然地提起诉讼、要求赔偿。而明示退出，默示同意规则能够最大限度地保护这些当事人的合法权益，避免他们在“无知”中丧失可能获得的权利赔偿。

---

[1] 参考陈莹莹：“浅议我国代表人诉讼制度的完善——以美国集团诉讼制度为借鉴”，载《吉林省教育学院学报》2013 年第 1 期。

论海盗劫持中承担船员赎金的责任主体及保险赔付

吴启萌*

自人类航海活动开始，海盗问题一直困扰着人类的航海安全。自20世纪90年代以来，海盗的行为模式开始转变，他们通过劫持船员，扣押船舶和货物，向船东索取高额赎金来获利。理论上，我们可以把海盗赎金分为三个部分，即船舶赎金、货物赎金和船上人员赎金。由于本文探讨的是远洋运输，船上人员以船员为主，因此这里将探讨仅限于船员赎金。在实践中，往往将船舶赎金和货物赎金通过共同海损的形式由船、货双方进行分摊，而船员赎金的性质及承担者无论在理论界还是实务界一直存在着争议。本文从船员赎金的性质入手，厘清承担船员赎金的责任主体，从而进一步探讨引入船东互保协会对船员赎金进行保险赔付的可能性。

---

* 作者系中国政法大学国际法学院硕士研究生。

一、海盗劫持中承担船员赎金的责任主体理论与实践及评价

根据 Black's Law Dictionary 的解释，赎金是指为确保释放正在被他人非法扣留的人或物而支付或索求的款项。[1] 目前各国对船员赎金并没有明确的定义，但从赎金的定义可以总结出，海盗劫持下的船员赎金主要是指为确保释放正在被海盗非法扣留的船员而支付或索求的款项。

（一）船东基于遣返费用承担船员赎金的支付责任

海上工作环境具有复杂性及风险较大的特征，为避免发生船东遗弃船员的现象，《海员遣返公约（1987 年修订版）》及《2006 年海事劳工公约》确立了船员的遣返制度，该制度要求船东在特定的情形下对船员进行遣返，并支付遣返费用。有学者提出：首先，海盗袭击并劫持船货及船员属于意外事件；其次，船员被海盗扣留构成了船员滞留海外的客观事实；最后，在当前大多数国家无法对被劫持船员展开有效救援的情况下，支付船员赎金是确保船员重获自由并能顺利返回所在国或目的港的有效甚至唯一的手段。基于遣返费用的相关理论，这一费用应依法由船舶用人单位承担，船旗国、船员国籍国或船员被遣返地国家应对其履行责任予以必要监督。必要时，国家应预先垫付船员赎金的费用。[2]

但该理论存在缺陷，一方面海盗劫持并非公约规定的遣返情形，公约关于遣返的情形采用了列举法，公约 A2.5.1 规定的遣返情形并不包括海盗劫持所引起的滞留，即使在要求更高的 B2.5.1 的部分都未规定这一情形。另一方面遣返费用的范围不同于船员赎金，根据公约的规定，遣返的费用主要包括旅费、食宿费等[3]，这些费用一般具有确定性，主要是为保证船东应支付船员自滞留国返回目的地时所需要的费用的义务。但船员赎金是为了使被扣留的船员获得自由所支付的费用，通常可通过谈判在海盗和船主间达成一致，具有不确定性。由此可见，遣返费用的范围不同于船员赎金。

---

〔1〕 Ransom1. Money or other consideration demanded or paid for the release of a captured person or property. See KIDNAPPING. 2. The release of a captured person or property in exchange for payment of a demanded price. [Cases: Kidnapping 1. C. J. S. Kidnapping § § 1 - 2.]

〔2〕 胡斌："论海盗劫持案中船员赎金支付责任"，载《广西政法管理干部学院学报》2010 年 9 月，第 25 卷第 5 期。

〔3〕 参见《2006 年海事劳工条约》B2.5.3 部分。

（二）不区分船货赎金与船员赎金，由船、货双方进行共同海损分摊

德国《商法典》第706条规定，“船舶被海盗或者敌人劫持所支付的赎金，不管是用来解救人质还是赎回船货，都应该列入共同海损，由船舶、货物来共同分摊。”这样立法主要是考虑到人命是无价的，对人命的救助已经成为一项国际法规定的义务。但海商法其实是一套成本和风险分摊体系，其目的是为了找到一个对所有参与航运活动的人都有利的解决方案，将风险和成本合理的分散开来。海商法不应当是船东的法或货主的法，而应始终在二者之间寻求平衡。[1] 在海上运输中，货方与船东订立运输合同，与船员并无直接的法律关系，因此货方不负有解救船员的义务，也不是船员赎金的支付责任主体。如果将船员赎金作为共同海损的一部分由船方与货方进行分摊，事实上加重了货方的责任，不符合海商法所贯彻的公平与利益平衡的精神。

（三）国家基于主权承担船员赎金的支付责任

主权不仅仅意味着权利，在强调政府责任的今天，主权同时也体现为主权责任，即国家对其公民权利的保护和维护。实践中，有些国家就常由其政府支付海盗赎金。

但国家并非海运活动和国际海运贸易的主体，没有义务也没有责任支付海盗索要的赎金。国家对公民权利的保护责任并不意味着国家有支付赎金的法律义务。另外国家支付赎金往往给海盗造成国家示弱的直觉，不利于问题的解决，反而可能影响海运各方的思维与习惯，无形中降低了海运各方的义务，与国家支付赎金确保船货和人员安全的初衷不符。[2]

二、海盗劫持下船员赎金的保险赔付

英国的上诉法院认为：如果不能确定船员赎金的金额就不能要求船东互保协会参与共同海损分摊。[3] 也就是说，目前对船员负有责任的保险人即船东互保协会拒绝承担对船员赎金的保险赔付。虽然伦敦市场的一些保险人自2008年针对海盗风险推出了“绑架与赎金险”，但是该险种因为每次需要单独投保且费用高昂，目前要大规模推广还有难度。面对这种情况，我认为应

---

〔1〕 林怀辉：“海商法的基本原则初探”，载《法制与社会》2010年第6期。

〔2〕 张湘兰、赵宏津：“试论海商法制度下海盗强索赎金的法律救济”，载《武汉大学学报》2011年9月，第64卷第5期。

〔3〕 参见 Royal Boskalis Westminster N. v. v Mountain (1999) 一案。

该将船东互保协会引入到船员赎金的保险赔付中，主要有以下三个理由：

（一）船东对船员的责任属于船东互保协会的承保范围

船员赎金属于船东依据劳动合同或雇用关系所承担的人身伤亡责任。在船东责任保险之下，船东互保协会对船东这一责任予以承保。换个角度来看，即使船员赎金不能归于船东对船员的人身伤亡责任，船东互保协会仍应对这一责任予以承保。海盗劫持中，船东通过支付海盗赎金保全了船员的性命，避免了船员被杀害的后果，一方面，支付船员赎金达到了保护船员的目的；另一方面，使船东互保协会免于承担船员人身伤亡的保险赔付，有利于船东互保协会的利益。世界上最大的英国船东互保协会制订的《英联合王国船东互保协会承保风险条款》第25节（A）项规定：在发生任何可导致向本协会索赔的海难事故或事件中，完全为了避免或减少该船船东已在本协会全部或部分（因有免赔额）投保的责任或开支，因而在当时或其后所合理支出的额外费用。但是本协会仅赔偿那些本协会经理同意的费用，或仅赔偿本协会董事根据他们的抉择决定该船东可从本协会得到赔偿的那些费用。根据该条规定可知，对于会员因采取必要措施防止或减少损失义务所支出的费用，船东互保协会予以赔偿。

（二）船东互保协会对船员赎金进行保险赔付符合其宗旨和目的

“一部船东保赔协会的历史就是一部其承保船东责任风险的历史。”[1] 船东互保协会作为船东自己的组织，每个成员既是投保人，也是保险人。每一个船东都有可能在两种角色之间转换，使协调性更加突出，协会具有非营利性与承保范围灵活性等特点。其一，船东互保协会作为非营利性的组织，其突出特点在于它的互助性，它的目的是共同承担属于船东责任的损害赔偿，体现在“分摊损失，共担风险；目标一致，经验共享；共抗巨灾，共享财力；素质相近，一视同仁”。[2] 其二，船东互保协会承保范围宽泛复杂，其对于会员的责任保险，基本上是不让会员仍存在潜在风险，亦即不让会员在所安排的责任保险存在危险空洞。如果船东互保协会拒绝赔偿船东所支付的船员赎金，那么船东则可能面临着独自承担船员赎金的情况。这对船东而言无疑是一个巨大的负担，甚至可能导致船东公司破产。这与船东互保协会成立的

---

〔1〕 安丰明：《船东保赔协会法律制度研究——以英国法为中心》，中国检察出版社2006年版。

〔2〕 汪鹏南：“论保赔保险合同的法律性质”，载《中国海商法年刊》2000年第11卷。

宗旨和目的相悖。作为一个保障船东利益的组织，船东互保协会应该尽快针对新的海盗劫持模式下的赎金保险赔付研发出可以保障船东利益的险种。

（三）船东互保协会赔付船员赎金有利于保证航海业的稳定发展

船东互保协会是由船东组建的，与船东为利益共同体，而它的非营利性更是使船东互保协会在处理保险理赔等事宜方面将比商业保险人更快捷、更高效、更关注船东的利益。另外船东互保协会常年与政府和军方有着密切的联系，同时兼具遍布全球的分支机构和通讯网络，一旦发生海盗劫持事件可以及时的寻求援助，使船舶、货方和船员尽快的脱离危险。船东互保协会还可以对船东防范海盗措施给予经常性的指导，在发生劫持事件后，可以通过组成专门的谈判小组帮助船东进行谈判，从而尽最大可能维护船东的利益，促使航海业的稳定发展。

海盗问题的解决需要通过国际社会的联合努力，并非一朝一夕之事。在这种情况下我们更应该明晰船员赎金的性质、赎金的责任承担主体及保险赔付等相关问题，从而在海盗劫持中保证船员的生命和维护船东的利益，使船货各方的风险分摊开来，以便在现有的框架下解决船员赎金的相关问题。但是我们也不可以忽视另外一个重要问题即海盗赎金的不可分性使交付的赎金不能清楚的划分出船员赎金的份额，这也是下一步应当继续研究和探讨的问题。

从实证角度分析 ICSID 仲裁庭管辖权的扩大

胡玥*

一、ICSID 扩大管辖权的概述

（一）ICSID 扩大管辖权的趋势

1. ICSID 仲裁机制的案件登记情况。根据 ICSID 2012 年公布的数据：进入 20 世纪 90 年代以来，每年登记案件的数量便开始不断增长，1996 ~ 1997 年以及 2000 ~ 2001 年间的案件数量增长较快，中间较为平缓；21 世纪初至今，每年登记案件的数量持续增长，2001 ~ 2003 年登记案件的数量陡然升高，2003 ~ 2010 年有所波动，但整体仍在上升，在 2011 年达到了数量的最高点。[1]

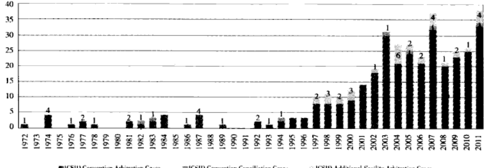
如图表 1 所示（其中阴影部分为 ICSID 仲裁机制登记案件的数量）：

---

* 作者系中国政法大学国际法学院硕士研究生。

〔1〕 载 http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType = ICSIDDocRH&actionVal = ShowDocument&CaseLoadStatistics = True&language = English31，访问时间：2012 年 5 月 12 日。

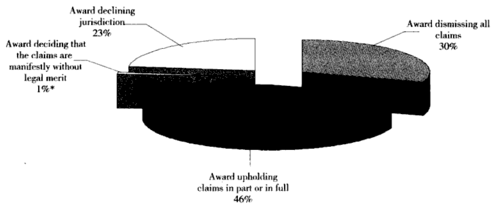
图表 1　1972～2011 年 ICSID 每年登记案件数量

可见，ICSID 登记案件的数量整体上处于不断增长的趋势。

2. ICSID 仲裁机制的裁决结果比例。在 ICSID 的裁决结果中（包含 ICSID 附加机制的裁决），裁定 ICSID 仲裁庭无管辖权的占裁决总数的 23%，裁定驳回诉讼请求的占 30%，裁定全部或部分支持诉讼请求的占 46%，裁定诉讼请求显然缺乏法律依据的占 1%。[1] 如图表 2 所示：

图表 2　ICSID 及其附加机制的裁决结果



[1] 载 http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType = ICSIDDocRH&actionVal = ShowDocument&CaseLoadStatistics = True&language = English31，访问时间：2012 年 5 月 12 日。

仲裁庭是在确定其对于案件有管辖权以后才处理案件的实体部分，或者是将管辖权问题与实质问题一并处理，所以 ICSID 仲裁庭裁定其有管辖权的占裁决总数的 77%（30% +46% +1%）。

由于 ICSID 附加机制下的案件数量远少于 ICSID 仲裁机制，因此不包含 ICSID 附加机制的 ICSID 仲裁裁决结果中，裁定有管辖权的裁决与裁定无管辖权的裁决之数量的比例也应该大致为 77∶23，前者远远高于后者。可见，ICSID 仲裁庭更多地倾向于肯定自己对案件的管辖权，裁定自己有管辖权的裁决结果占了绝大多数。

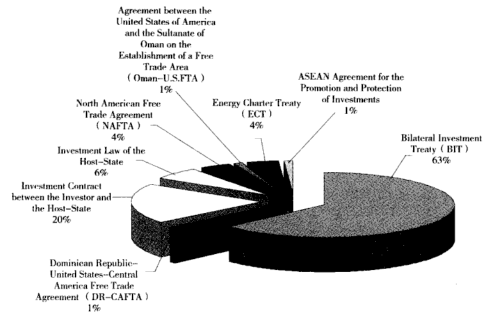
（二）ICSID 扩大管辖权的主要影响因素

1. ICSID 确立管辖权的条件和基础。根据《公约》第 25 条的规定，ICSID 管辖权的行使除了要符合主体适格、客体适格以外，争端当事人的“同意”这一主观要件也是 ICSID 管辖权的必备要件之一。《公约》对于此种“同意”只要求必须以书面方式为之，但在实践中，此种“同意”的表现形式主要有三种：一是投资者与东道国之间在投资协议中规定对于将来发生的投资争端提交 ICSID 仲裁；二是东道国在国内立法中概括地表示同意投资者将争端提付 ICSID 仲裁；三是双边投资条约以及其他多边投资协定中纳入 ICSID 仲裁条款。其中，在国际间最为盛行的应属双边投资条约。

根据 ICSID 于 2011 年公布的数据，在这些确立 ICSID 管辖权的“同意”的基础中，以投资者和东道国之间的投资协议为基础的占 20%，以东道国的投资立法为基础的占 6%，而以双边投资条约为“同意”的基础的占了 63%。[1] 如图表 3 所示：

[1] 载 http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType = ICSIDDocRH&actionVal = ShowDocument&CaseLoadStatistics = True&language = English31，访问时间：2012 年 5 月 12 日。


图表 3　确立 ICSID 管辖权的同意的基础



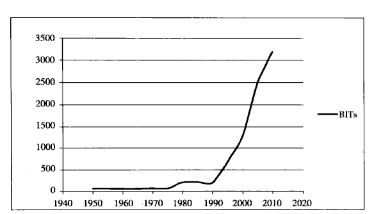
可见，确立 ICSID 仲裁管辖的“同意”的主要基础是双边投资条约。

2. 双边投资条约的发展情况。在这几十年间，双边投资条约的数量方面发生了巨大的变化，可以分为以下几个阶段：

第一个阶段（20 世纪 50 年代初至 70 年代末）：这一时期的双边投资条约数量较少，直至 70 年代也仅 86 个。

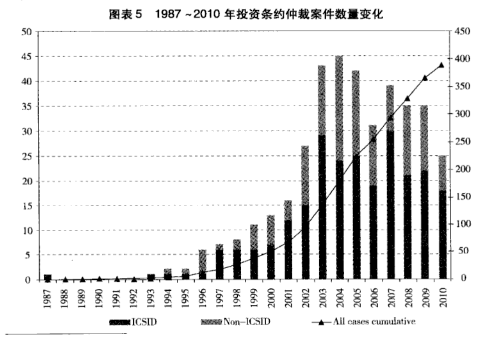
第二个阶段（20 世纪 80 年代末至 90 年代末）：这一时期双边投资条约的数量开始急剧上升，其中 90 年代可谓双边投资条约爆炸性增长阶段，1994 年共有 700 多个，至 1999 年已达到 1300 多个。

第三个阶段（21 世纪初至今）：这一时期双边投资条约仍在持续迅速增长。2004 年间，数量增长至 2392 个，到 2006 年时，数量达到了 2573 个。现在，全球的双边投资条约数量已经超过 3000 个。如图表 4 所示：



3. ICSID 仲裁案件与双边投资条约之间数量变化的相关性。根据联合国贸易和发展会议（UNCTAD）的数据统计，自 1987 年 ICSID 登记了第一个投资者和东道国之间基于双边投资协议的案件以来，ICSID 机制下的投资条约仲裁（以双边或多边投资条约为基础的仲裁）案件数量在 1987 年至 2010 年期间一直在不断增长。[1] 如图表 5 所示：

图表 5 1987～2010 年投资条约仲裁案件数量变化



[1] http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf (last visited on May 12, 2012)

结合上述对双边投资条约数量变化的分析，可以看到，在20世纪90年代双边投资条约数量开始迅猛增加的阶段，ICSID下的投资条约仲裁数量的增长也开始加快；在21世纪双边投资条约持续迅速增加的阶段，ICSID下投资条约仲裁也在不断上升。所以两者之间的数量变化存在着密切的联系。由图表3来看，以双边及多边投资条约作为确立ICSID管辖权的同意的基础（投资条约仲裁）占了74%，而在这74%中双边投资条约又占了85%，因此，可以说双边投资条约是ICSID管辖权变化的重要影响因素。

二、ICSID扩大管辖权的具体情形

如前述分析所示，ICSID成立至今，管辖权一直有不断扩大的实践，而其惯用的方式主要有：其一，对《公约》第25条所规定的行使管辖权的三个要件进行扩大解释或适用。其二，对国际投资条约（主要是双边投资条约）的相关条款进行扩大解释或适用。

在早期的ICSID仲裁实践中，ICSID扩大管辖权通常是通过第一种方法。但是，随着近几十年来双边投资条约数量的急剧增加，并且在双边投资条约中纳入同意将投资争端提交ICSID仲裁的条款已成惯常趋势，ICSID仲裁庭在实践中不再单纯地采用条约解释的方法，而是结合双边投资条约中相关条款的规定来扩大其管辖权。

（一）主体要件方面的管辖权扩大

1. 通过公约条文扩大管辖权。早期的ICSID仲裁庭主要是根据载有ICSID仲裁条款的投资协议，以其签署者来确定主体资格问题，并对《公约》第25(2)条中“另一缔约国国民”进行宽泛的解释。如在SOABI v. Senegal一案[1]中，ICSID就将符合主体要件的情况扩展到了间接控制公司的情形，由此扩大了其管辖权范围。

2. 通过双边投资条约扩大管辖权。双边投资条约的结构中包括适用范围、投资准入、外资待遇、征收补偿标准、投资财产转移以及关于投资争端解决等关键条款，其中，适用范围一般会规定“投资”、“投资者”的定义以及适用地域和适用期间。ICSID仲裁庭即通过直接援引双边投资条约中对于“投资者”的定义或者相关的认定标准，对“另一缔约国国民”进行宽泛解释。

---

[1] SOABI v. Senegal, ICSID Case No. ARB/82/1.

法人国籍的认定在国内及国际理论和实践上均无统一标准，主要有住所地说、设立地说、资本控制说以及复合标准说。《公约》在这个问题上采取灵活的态度，对于法人国籍应当如何判定并没有进行规定。ICSID 仲裁庭在实践过程中适用过法人成立地标准、法人管理中心所在地标准等，随着双边投资条约的大量增加和迅速发展，ICSID 仲裁庭越来越倾向于优先适用双边投资条约中对于法人国籍的特别规定。如在 2002 年的 Tokios Tokel? s v. Ukraine 一案[1]中，ICSID 仲裁庭在法人国际的认定问题上，认为应该先参照相应的双边投资条约，如果双边投资条约对于法人国籍的成立标准作出了特别规定，则《公约》适用于该特别约定的标准。双边投资条约中对于法人国籍的特别规定，亦成为 ICSID 管辖权扩张的助力。

（二）客体要件方面的管辖权扩大

1. 通过公约条文扩大管辖权。由于《公约》并没有对“直接因投资产生的法律争端”中的“投资”和“法律争端”进行定义，也没有任何明确的规定，所以，ICSID 仲裁庭在对这方面问题的决定上，具有较大的自由裁量权，在实践中往往会给予宽泛的解释。

在 Alcoa v. Jamaica 一案[2]中，仲裁庭裁定资金注入也是一种“投资”而确认了管辖权。于是 ICSID 通过对管辖权客体要件进行宽泛解释，扩大了其管辖权。

2. 通过双边投资条约扩大管辖权。早期 ICSID 仲裁庭对于案件中涉及的投资的认定主要依个案而定，所认定的投资虽然形式多种多样，但仍符合投资的原意。而自 20 世纪 80 年代以来，在双边投资条约中纳入 ICSID 仲裁条款成为趋势，早期的双边投资条约中对于同意提交 ICSID 仲裁的范围较窄，20 世纪 90 年代后期，双边投资条约基本上同意将所有投资争端提交 ICSID 仲裁。随着双边投资条约的迅速发展，逐渐形成了对“投资”进行定义的条款，包括基于资产（asset - based）的定义方式，基于企业（enterprises - based）的定义方式，以及完全清单（closed - list）的定义方式等。在这种形势下，ICSID 仲裁庭对于“投资”的认定已与早期依个案而定大为不同。在实践中，仲裁庭总是对双边投资条约中相关条款进行扩大解释和适用，以使自己的管

---

[1] Tokios Tokel? s v. Ukraine. ICSID Case No. ARB/02/18.

[2] Alcoa Minerals of Jamaica v. Jamaica. ICSID Case No. ARB/74/2.

辖权范围扩大。

如在 Fedax NV v. Republic of Venezuela[1] 一案中，仲裁庭认为，根据荷兰与委内瑞拉之间双边投资条约的第 1（a）条规定："投资一词应包括每一项资产，特别应该包括但不限于：……（ii）由公司、合营企业的股票或其他利益产生的权利；（iii）对金钱、其他财产或者具有经济价值的任何所有权"，该条款所作的定义说明了两国缔约时意图对"投资"进行宽泛的定义，最后认定本案中的期票属于公约下的"投资"，从而 ICSID 对此案有管辖权。

（三）主观要件方面的管辖权扩大

1. 通过公约条文扩大管辖权。早期 ICSID 仲裁庭对于"同意"理解为投资者与东道国之间的投资协议或者针对投资争端而订立的仲裁协议，其对于"同意"的扩大解释也常发生。如 Amco Asia v. Indonesia[2] 一案，仲裁庭认为"同意"不需要以严肃、仪式化、独特的方式来表示，而是以一种促使找到并且尊重双方的共同意愿的方式进行。然而，《公约》要求的"书面同意"，从其含义上而言，表达了对于"严肃、仪式化、独特的形式"的一种要求。

2. 通过双边投资条约扩大管辖权。一方面，随着双边投资条约的数量急剧增加和迅速发展，ICSID 仲裁庭对于"同意"的理解，从仅限于投资者与东道国之间的投资协议或针对争端而订立的仲裁协议，转变为东道国并非直接与投资者签订的双边或多边投资条约。这其中，双边投资条约所包含的仲裁条款形成东道国对"同意"的一种概括承受。投资者直接与东道国缔结的投资协议，属于平等主体之间的投资协议，基于该投资协议的仲裁体现的是一种私法性质；而基于双边投资条约的仲裁体现的是一种公法性质，投资者母国与东道国之间缔结的双边投资条约等投资条约，强调作为国际法主体的国家的概括义务。这样，以双边投资条约为基础的仲裁使得 ICSID 的管辖权更加趋于宽泛，而 ICSID 得借助于双边投资条约进一步扩大其管辖权。

另一方面，多数双边投资条约在同意提交 ICSID 仲裁后，会对同意提交仲裁规定一些条件或限制，例如：限定同意提交仲裁的范围，或规定选择国内法院后就不能再提付国际仲裁等，而 ICSID 则通过对这些限制条件进行宽

[1] Fedax NV v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3.

[2] Amco Asia v. Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1.

泛解释，或者利用双边投资条约中的其他相关条款，以使其管辖权得以扩大。归纳而言，在 ICSID 实践中主要有以下几种情形：

第一，对双边投资条约同意提交仲裁的范围进行扩大解释。如 Saipem v. Bangladesh 一案[1]中，ICSID 仲裁庭对于征收等相关概念采取宽泛的解释，认定一国法院对于商事仲裁效力的否认是一种国际法下的征收，并对于双边投资条约中同意提交仲裁的相关条款采取了宽泛的解释。

第二，利用双边投资条约中的“岔路口条款”。早期的双边投资条约中往往规定，在投资者将争端提交国际仲裁之前，必须先用尽当地救济，但是发达国家总是以各种理由反对当地救济原则。于是在晚近的双边投资条约中，发展中国家作出一定妥协，在双边投资条约中不是仅仅规定一种投资争端解决方式，而是规定几种方式（如当地救济和国际仲裁机制）由投资者选择，但是一旦选择了其中一种，就不能再选择其他方式，这就是岔路口条款（fork - in - the - road clause）。在 ICSID 仲裁庭的实践中，往往会对受到保护的“投资者”、“投资”的定义给以宽泛的解释，但是在“岔路口条款”方面，却对其适用条件进行苛刻的解释，对“投资者”、“投资争端”严加限定，以扩大自己对于争议案件的管辖权。如 Vivendi v. Argentine 一案[2]中，ICSID 仲裁庭就对“岔路口条款”中的“投资争端”采取了严格限定，使得“岔路口条款”不能得以启用，由此扩大了自己的管辖权。

第三，利用双边投资条约中的“保护伞条款”。大多数双边投资条约中都会规定“保护伞条款”（umbrella clause），不同双边投资条约中的“保护伞条款”尽管相似，但是具体词藻仍有差异，这样的差异会带来解释上的不同。最常见的条款形式是：“缔约方应该遵守对投资所承担的任何义务”。ICSID 在实践中则是通过对给条款进行解释以使其管辖权范围扩展到投资协议下。在 SGS v. Philippine 一案[3]中，ICSID 仲裁庭通过对双边投资条约中的“保护伞条款”进行宽泛的解释，将合同义务上升为条约义务，从而扩大其管辖权范围。

第四，利用双边投资条约中最惠国待遇条款。最惠国待遇（most - favored -

---

[1] Saipem S. p. A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07.

[2] Vivendi v. Argentine, ICSID Case No. ARB/97/3.

[3] SGS v. Philippine, ICSID Case No. ARB/02/6.

nations，简称 MFN）适用于对于投资进行保护的实体性规定已经为各界普遍接受，而能否适用于程序性保护方面的规定却一直众说纷纭。大多数双边投资条约的措辞都较为笼统，尤其是在能否将最惠国待遇适用于解决投资争端的程序性事项方面，并未作出明确地规定。而 ICSID 仲裁庭在实践中将最惠国待遇条款的适用扩展到了双边投资条约中的程序性规定，使得一些本不具备 ICSID 仲裁管辖条件的案件也进入了其管辖范围之内。

如 Maffezini v Spain 一案[1]中，ICSID 仲裁庭认为，虽然在条约中并没有明确规定投资争端的解决属于最惠国待遇的适用范围，但是争端解决条款与保护投资者之间有着密切联系，是双边投资条约赋予投资者的重要权利构成，与投资者所获待遇相关联，所以如果第三方投资条约中的争端解决条款能为投资者提供更为有利的保护的话，那么就可以适用最惠国待遇条款。最后 ICSID 仲裁庭裁定可以援引该条款径直向 ICSID 提起仲裁申请。

三、我国对于 ICSID 扩大管辖权之对策

（一）对于既有风险的应对

由上述分析所示，ICSID 仲裁庭常有扩大管辖权之实践情形和通过双边投资条约扩大管辖权之惯用方法。双边投资条约中对于 ICSID 仲裁管辖的“全面接受”式即规定有关投资产生的任何争端都可以提交 ICSID 仲裁的这种同意方式，一方面会限制东道国的经济主权，另一方面也大大增加了东道国被诉的风险，可能带来严重的后果，而如前面对我国双边投资条约订立情况的分析所示，我国在晚期签订的双边投资条约中大量采取了这种方式。所以，我国应该对已经订立的双边投资条约进行研究，对 ICSID 仲裁庭已经作出的管辖权裁决及其理由进行分析，以在案件发生时能够充分利用《公约》以及双边投资条约的规定对 ICSID 不合理的管辖权提出抗辩。

（二）对于未来风险的防范

我国已经与 127 个国家签订了双边投资条约，现在正在进一步与一些国家和地区进行相应投资条约的谈判，例如：我国与欧盟在今年举行的中欧峰会中同意尽快开启中欧双边投资协定的谈判进程，而我国与美国目前在第四轮中美战略与经济对话中决定重启中美双边投资保护协定的谈判工作，宣布第 7 轮技术层面磋商将尽快展开。

---

[1] Maffezini v Spain, ICSID Case No. ARB/97/7.

如前所述，双边投资条约中采取对于 ICSID 仲裁的“全面接受”式并不能对引入外资起到明显的作用，同时，根据前面所分析的我国的资本输入和输出比例情况可知，我国目前仍然是一个以资本输入为主的国家，所以，我国在现阶段以及将来订立双边投资条约时，既要考虑对我国对外投资的保护，更要重视我国进行经济管理的主权不会受到条约相关条款的过度约束，对于 ICSID 仲裁管辖的接受，应该区分不同的国家采取不同的方式，防患于未然。

第一，对于与发达国家签订双边投资条约，更宜对 ICSID 仲裁管辖采取“有限接受”式。这种方式既可以消除发达国家投资者来华投资的一部分顾虑，又可以减小在双边投资条约中接受 ICSID 仲裁管辖所带来的风险，促使我国的经济主权可以得到更好的维护。同时，对于我国在发达国家的投资，由于发达国家的法律制度相比较而言更为完善，司法更为独立，即使投资利益受到损害也可以通过发达国家国内的司法救济途径解决，所以可以获得较好的保护。

第二，对于与发展中国家签订双边投资条约，更宜对 ICSID 仲裁管辖采取“全面接受”式。我国自实行“走出去”战略以来，在海外能源、原材料投资方面较为活跃，而这些投资一般都数额巨大、周期较长，更有可能遭遇政治风险。而我国在海外投资的 180 多个国家和地区中的大部分都为发展中国家，一旦这些国家发生政局动荡或变化，则我国的海外投资就会面临巨大风险。所以，我国在与这些国家签订双边投资条约时，只有采用对 ICSID 仲裁管辖的“全面接受”式才能对我国的海外投资提供更有效的保护。

虚伪通谋意思表示及其法律后果

赵冠州*

针对虚伪通谋意思表示所反映的客观行为及其法律后果，大陆法系各国都作了相应规定，但不尽相同。诚如萨维尼所言：法律是民族精神、民族特征和民族共同意识的体现，带有一个民族鲜明的特色。

我国民法通则和合同法上对虚伪通谋意思表示的概念和效力并未作出明确规定，国内学者争论不已，至今无定论。学者论及虚伪通谋意思表示，常对德国、日本、我国台湾地区等采用潘德克顿法学派五编制的民法立法体例的国家和地区进行比较研究。同属大陆法系的法国对虚伪通谋所指向的行为的规定与以上国家、地区不同，但同样颇具启示意义。本文旨在通过对德国、法国、苏联及我国台湾地区对虚伪通谋行为不同规定的比较讨论，分析我国现行民法相关规定并剖析其不足，并尝试给出可行的立法建议，以更符合当下的社会发展和国情民情。

---

* 作者系中国政法大学国际法学院硕士研究生。

一、五编制民法立法模式中的虚伪通谋意思表示

（一）虚伪通谋意思表示的内涵界定

虚伪通谋意思表示严格来讲是大陆民法法系潘德克顿法学派所采五编制的立法体例中的特有概念，因为法律行为这一概念的提出支撑了民法总则编的形成，而法律行为的核心即是意思表示。

根据定义，我们可以概括出其构成应具备的几个要件[1]：其一，存在一项须受领的意思表示。其二，表示与真意故意不符。其三，双方对作出或受领缺乏真意的意思表示事先通谋达成合意，该合意的内容是：表示事项事实上不应发生效力[2]。

（二）虚伪通谋意思表示的法律后果

1. 虚伪通谋意思表示的法律效力。拉伦茨（Larenz）先生认为，意思表示之所以发生一定法律效果的效力基础，非仅在于意思或表示，而在于意思与表示之协力，即法律行为上的意思经由表示而实现，仅能在表示之中而不能在表示之外获得法律的承认。[3]

对于当事人之间的内部效力，德国《民法典》第117条第1款：须以他人为相对人而作出的意思表示，系与相对人通谋而只是虚伪地作出的无效。该规定采意思主义，德国学者认为，这一法律决定是合理的，"因为表示系与其通谋后虚假作出，因此他是不值得保护的"[4]，不存在信赖利益的保护问题。

我国台湾地区"民法典"在内部效力上与德国民法典是相同的，但在外部效力上，该条但书中明确：通谋虚伪表示不得以其无效对抗善意第三人。该但书使虚伪通谋意思表示的外部效力仅相对无效"惟在该善意第三人主张其为有效时，当事人不得以其无效对抗"，即此时善意第三人仍得不抗辩而主张其有效，拥有一项选择权。[5] 日本民法典对此也有相近规定，这是对德国

---

〔1〕（台）王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第285页。

〔2〕［德］卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第498页。

〔3〕（台）王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第280～281页。

〔4〕［德］汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》，中国人民大学出版社2012年版，第242页。

〔5〕王伯琦：《民法总则》，"国立"编译馆1963年版，第155～156页。

民法的演绎和发展。而德国则通过司法判例弥补了其在第三人利益保护方面的漏洞。

2. 隐藏行为的法律效力。虚伪通谋行为还包括隐藏行为。在隐藏行为中，表意人和受领人进行通谋，并不是希望发生所表示内容，而是希望发生另一种法律后果。

隐藏行为中作为掩饰的虚伪行为因双方虚伪通谋缺乏真意而无效，而被隐藏的行为符合其自身有效条件的，同样有效，但若违反法律的禁止规定，则将因违反善良风俗而无效（德国《民法典》第138条），或因缺少法定形式而归于无效（德国《民法典》第125条）。

二、法国民法典中的舞弊行为及其理论

虚伪表示所指向的客观行为非潘德克顿法学派的专利，其他国家当然也存在这一现象，只是名称和相关法律规范不同。法国民法将类似行为归置于“舞弊理论”加以惩处。

（一）舞弊理论概述

对虚伪通谋意思表示所指向的行为，法国民法典通过“舞弊理论”加以规制。法国民法中的舞弊是指某些个人企图通过一些不正当的手段，利用法律规则，以达到从中渔利的目的的行为。对于舞弊行为的纠正，判例是借助原则“规则不适用于舞弊”完成的，该原则源于更古老的格言“舞弊使一切无效（fraus omnia corrumpit）”[1]。可以发现，这些行为在德国或我国台湾民法上可以被部分归入虚伪通谋意思表示中，二者规制的对象有着重合的部分（这也是本文得以讨论的前提和原因）。

（二）舞弊的效力

对比德国等国家民法中的虚伪通谋意思表示，我们可以发现，舞弊理论从不同视角涵盖了虚伪通谋意思表示所描述和规制的行为，其着眼点在于行为人之针对强制性规范的舞弊。

对于那些涉及两人以上的舞弊行为，法国民法给出的回答是：舞弊行为的无效仅限于它所达到的、被认为是违背法律的结果，即通过诡计规避某一强制性规则。舞弊者的诡计被格言“舞弊使一切无效（fraus omnia corrumpit）”拆穿后，格言即不再继续干预，而交由正常的法律规范运作。对舞

---

〔1〕［法］雅克·盖斯坦、古勒·古博合：《法国民法总论》，法律出版社2004年版，第746页。

弊行为的惩处是使舞弊的后果无效力，并恢复被规避规则的适用。这样做除了最大程度地尊重和保障行为人的意思自由之外，还对那些舞弊者为规避强制性规范而采取的行为保持了其法律效力，使行为人“落入他自己布下的陷阱”[1]，被自己启动的法律机制牢牢套住，以舞弊者制约舞弊者。

三、两种立法例的比较

德国式和法国式的民法典将虚伪通谋意思表示所指向的行为置于各自的法律背景，分别从两种不同视角建构了不同的法律制度来规制其产生的有悖常理的后果，并在很大程度上取得了效果上的一致。

（一）两种立法例采取的视角不同

德国《民法典》着眼于虚伪通谋当事人之间法律行为的效力，围绕意思表示的相关制度和法理向外延伸，在坚持意思真实主义的同时，防止对受害人的侵害（或给予救济途径），并兼顾了对交易安全的保护。

而法国民法典则将视角直接置于行为人的目的上，首先宣告该行为不发生其欲以达到的效果，同时明确将舞弊措施在舞弊者之间的效力返还正常的法律机制运作，也就是使之保持有效。

（二）两种规定在各自体系中所处的地位不同

德国民法上对虚伪通谋意思表示的规定属于导致法律行为不能产生效力中意思与表示不相一致的情形，是所有这类客观现象中的一类，是不可缺少的一个领域；法国民法上对相同行为的规制是通过法律的纠正机制“舞弊理论”来完成的，而舞弊理论是一种额外的预防机制，仅在按通常法律规范运行之后将导致法律自身不能解决的后果时起作用，对此之外的领域则不予干涉。

（三）行为在当事人之间的效力不同

由于上文（二）中提到的原因，德国民法典依据意思表示相关理论，认为虚伪通谋情形下法律行为因意思与表示不一致而无效。而法国民法典则因舞弊理论不干涉舞弊行为在当事人之间的关系而使该行为对当事人有效。相比较而言，本文认为在这一点上，法国民法典的规定更为合理。

（四）整体功能上的一致

尽管两个立法例存在诸多差异，但整体功能上是一致的，对所指向行为的规制和法律秩序的维护作用客观上可谓殊途同归。

---

〔1〕［法］雅克·盖斯坦、古勒·古博合：《法国民法总论》，法律出版社2004年版，第767页。

四、我国民法对虚伪通谋意思表示的规定

（一）现行《民法通则》和《合同法》的规定

我国现行民法体系中并无对虚伪通谋意思表示的明确规定，但学者普遍将《民法通则》第58条第1款第（四）、（七）项[1]和《合同法》第52条第（二）、（三）项[2]的规定视作我国民法中的虚伪通谋意思表示和隐藏行为[3]，认为形无而实有，然而事实上二者有多方面的不同。

第一，无效的法律后果的产生原因不同。德国、日本等大陆法系国家民法中，虚伪通谋意思表示的无效法律后果是意思真实原则的当然结论，不具有道德否定性，是一个中性概念。相比较，我国《民法通则》和《合同法》的规定则显然意在惩罚不法行为。"恶意串通"、"非法目的"都带有强烈的道德评判色彩，是否定的评价，其无效从法条规定来看是为了保护社会公共利益或者他人利益。

第二，无效的效力不同。日本、我国台湾地区民法典中都设置有虚伪通谋意思表示行为人不得以其无效对抗善意第三人的规定，因此无效是相对的无效，这也是为了保护交易安全和第三人利益。并且"不得以其无效对抗善意第三人"并非指对第三人有效，而是指第三人可以主张有效，自然也可以选择其对自己无效，使善意第三人取得一项选择权，最大程度地保护其利益。而我国民法没有类似规定，因而无效是绝对的无效，不存在例外。[4] 但值得思考的是，在涉及第三人利益时将行为效力一概无效是否能真正保护第三人利益实在值得商榷，且有过度限制个人意思自治的嫌疑。

第三，法条规制的行为外延不同。"恶意串通"与"以合法形式掩盖非法目的"并不等价于虚伪通谋和隐藏行为，二者所涵盖的范围及要件有很大差异。首先，一般认为"串通"即是"通谋"[5]，但传统大陆民法并不要求当事人有恶意[6]，如囿于情面当事人以买卖合同掩盖赠与合同。从字面意思看

---

〔1〕《民法通则》第58条规定："下列民事行为无效：……（四）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；……（七）以合法形式掩盖非法目的的。"

〔2〕《合同法》第52条规定："有下列情形之一的，合同无效：……（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的的……"

〔3〕朱建农："论民法上恶意串通行为之效力"，载《当代法学》2007年第6期。

〔4〕朱建农："论民法上恶意串通行为之效力"，载《当代法学》2007年第6期。

〔5〕郭平宜："论故意非真实意思表示"，载《河北法学》2008年第9期。

〔6〕郑永宽："德国私法上意思表示错误理论之分析检讨"，载《政法论丛》2004年5期。

我国民法典也不要求当事人作虚伪表示，即只要当事人的行为损害了国家、集体或第三人利益即可。因而只能说这两者有交集。其次，隐藏行为中被隐藏的行为不必然具有非法目的，“被虚伪行为所隐藏的，使用关于被隐藏的法律行为的规定”，因而被隐藏行为如满足其自身构成要件，则当然是有效的，也不存在非法的问题。因而，我国《民法通则》该项所指的行为当属隐藏行为的一种情况。

（二）理论和实务界遇到的困难

我国《民法通则》和《合同法》的这些规定给法学理论和实务界造成了诸多困难，已不能符合当下中国社会经济的发展。

第一，内涵不明，构成要件模糊。“串通”是否以作出虚假表示为要件，“串通”主体和被损害的第三人是否有范围限制，“恶意”如何界定——是仅知晓还是须双方对做出侵害行为达成合意，“非法目的”外延如何确定，这些问题的存在导致了理论和实务界的混乱，如它造成了对法律的适用冲突（如法律行为无效制度与债权人撤销之诉之间的选择冲突），亟待权威机构解释澄清。

第二，对受害第三人的保护并不真正有效。当恶意串通行为的受害人为特定第三人时，法律显然没有必要为提高效率或最大程度保护受害人而径直规定行为无效，对于一个理智的人而言，自己就是自身利益最可靠的维护者，受害第三人比任何人更明白采取哪种方式能使自己的利益得到最大程度的保护。因而法律应把是否将有关行为对受害人的效力归于无效的决定权归还受害第三人，这也符合民法意思自治的原则。另外在诉讼实践中，证明行为存在恶意串通的举证责任往往由受害第三人承担，而要证明行为人存在恶意并非易事，因而受害第三人面临着较大的举证压力和诉讼风险[1]，有失公平。

第三，未考虑对善意第三人的保护。日本、我国台湾地区民法典及德国判例实践中都对善意第三人做了虚假行为无效的例外规定，旨在保护第三人不因不知意思表示虚假而于其无效时受到损害。我国民法虽意在维护国家、社会利益，但实际中却不能保护交易之安全，实为立法纰漏。

（三）可行的立法建议——两种立法模式的选择

对于上述诸多问题，本文认为可以借鉴传统大陆民法的相关规定，而借

---

〔1〕 韩光明：“论作为法律概念的‘意思表示’”，载《比较法研究》2005年01期。

鉴德国式还是法国式就需要我们根据我国现有国情、民情进一步考量。须考量的因素概括而言有以下几点：

第一，所借鉴立法例与我国现存法律制度的融合度。整体而言，我国的民法立法体系属于德国式潘德克顿法学体系，在体例编排、基本制度、法理思想和法律术语等方面都与之高度融合，因而先考虑的应当是借鉴德国式民法中的有关规定，这样可以最大程度保持法律的稳定性。因此，本文建议：去除《民法通则》、《合同法》上"恶意通谋"和"以合法形式掩盖非法目的"的规定，引入虚伪通谋意思表示的概念。

第二，对存有不良动机的虚伪通谋行为人的规制和对社会正常秩序的维护。德国式民法在虚伪通谋行为于行为人之间的效力问题上贯彻了意思真实主义，在效果上倾向于对行为人的保护，但这一行为是否恰当值得商榷。法律没有必要去保护那些出于不良动机而实施虚伪通谋行为的人，正如德国民法认为的没有必要保护相与为缺乏真意的意思表示的受领人一样。如果说作出遵从表意人真意的法律决定，乃是对虚伪通谋意思表示的表意人和相对人均不必保护而以意思真实原则为准的结果，那么此时对以下几个理由的考虑则足以说服立法者作出相反的决定：①意思表示是否一致是事实判断，而法律行为是否有效是价值判断，后者应当同时考虑法律行为做出的目的、相对人的利益、对交易安全的影响等等。②应对存有不良动机的虚伪通谋行为人进行规制，对意思真实原则在此处的贯彻有纵容行为人肆意为虚假行为的嫌疑，这对社会正常秩序的维持是一种挑战。③保持该行为在行为人之间的效力将使行为人互相掣肘，这比将行为的对外效力归于无效更值得虚伪通谋行为人担虑。据此，本文建议借鉴法国民法典上的舞弊理论，使虚伪通谋行为在行为人之间保持效力，表意人不得以其无效对抗虚伪通谋意思表示的受领人。

第三，对善意相对人和交易安全的保护。本文建议借鉴日本、我国台湾地区民法典和德国司法判例的成熟规定和做法，即善意第三人有权选择虚伪通谋行为对自己是否有效，惟须注意的是，善意第三人不包括表意人、相对人的债权人和该虚伪买卖标的物的租赁人。换言之，虚伪通谋行为人不得以行为的无效对抗善意第三人。

综上所述，本文建议在去除现行《民法通则》和《合同法》中"恶意通谋"和"以合法形式掩盖非法目的"的规定后，另立条款，以平衡各方利益。